

REVISTA DA PGFN

Ano XIII
Número 2

ISSN 2179-8036

REVISTA DA PGFN

**Procuradoria-Geral
da Fazenda Nacional
Brasília/2025**

REVISTA DA PGFN PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

Centro de Altos Estudos da PGFN
Setor de Autarquias Norte – Quadra 5 – Lote C
Complexo Empresarial CNC – Torre D – 15º andar – Brasília – DF

PROCURADORA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
Anelize Lenzi Ruas de Almeida

SUBPROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
Fabrício Da Soller

PROCURADORES-GERAIS ADJUNTOS
João Henrique Chauffaille Grognet
Luciana Leal Brayner
Luiz Henrique Vasconcelos Alcoforado
Moises de Sousa Carvalho Pereira
Raquel Godoy de Miranda Araújo
Ranulfo Alexandre Pingosvik de Melo Vale

DIRETORA DO CENTRO DE ALTOS ESTUDOS DA PGFN
Cristina Fernandes Amaral

CHEFE DE DIVISÃO DO CENTRO DE ALTOS ESTUDOS DA PGFN
Shirley Souza de Almeida

CONSELHO EDITORIAL
Carolina Zancaner Zockun
Claudia Aparecida De Souza Trindade
Juliana Furtado Costa Araújo
Leonardo De Andrade Rezende Alvim
Luís Carlos Martins Alves Júnior
Mario Augusto Carboni
Murilo Teixeira Avelino
Paulo Mendes de Oliveira
Phelippe Toledo Pires de Oliveira

COMITÊ AVALIADOR
Bruno de Sousa Saraiva, Daniel Alves Teixeira, Daniel Vieira Marins, Danielle Nascimento de Souza Linhares, Diogo Brandau Signoretti, Eduardo Sadalla Bucci, Fábio Mauro de Medeiros, Gustavo Augusto Ferreira Barreto, Guilherme Raso Marques, Ilana Bertagnolli, Jose Leite dos Santos Neto, Leonardo Bezerra de Andrade, Luis Marcello Bessa Marette, Luiz Mathias Rocha Brandão, Marcelo Claudio Fausto Maia, Priscilla de Araújo Campos Nóbrega, Ricson Moreira Coelho da Silva, Tatiana Maria Guskow, Tibério Celso Gomes dos Santos, Vitor Tadeu Carramao Mello e Vinicius Garcia

EDITOR RESPONSÁVEL
Phelippe Toledo Pires de Oliveira

VICE-EDITOR
Mario Augusto Carboni

ARTE E CAPA
Maria Karla Lacerda Osorio Netto

PRODUÇÃO EDITORIAL
TFW Traduções, Serviços Especializados e Sonorização LTDA.

As opiniões emitidas nos artigos são de inteira responsabilidade dos autores e não refletem, necessariamente, o entendimento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a respeito dos temas tratados.

Revista da PGFN / Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional v. 15 (dez.2025). –
Brasília: PGFN, 2025_
Semestral
ISSN 2179.8036
Direito Público – Brasil – Periódico. 1. Brasil. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
CDD 341.05
CDU 342(05)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
EDITORIAL	9
Seção 1 – Artigos dos autores convidados	
PRINCÍPIOS E REGRAS NO PREGÃO: POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO QUE NÃO FORAM ENTREGUES COM A PROPOSTA <i>Leandro Sarai • Carolina Zancaner Zockun</i>	11
Seção 2 – Artigos selecionados pelo Comitê Avaliador	
ISONOMIA E CRITÉRIO MATERIAL DO IBS E DA CBS SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PROFISSÃO INTELECTUAL: PERSISTE O PROBLEMA DA TAXATIVIDADE DA LISTA DE SERVIÇOS? <i>Ítalo Fábio Gomes de Azevedo</i>	27
CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E A TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA ADI 2.946/DF <i>Pedro Dias de Oliveira Netto • Caio Salim Soares Chady</i>	67
VERIFICAÇÃO DE CRÉDITOS PÚBLICOS EM PROCESSOS FALIMENTARES: UMA ABORDAGEM CRÍTICA DO INCIDENTE DE CLASSIFICAÇÃO DE CRÉDITO PÚBLICO <i>Jimmy Lauder Mesquita Lucena</i>	87
A PROVA E O CRITÉRIO PESSOAL DA REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA NA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA POR INTERESSE COMUM <i>Natália de Vasconcelos Oliveira Ramos</i>	119
QUANTO VALE O INTERESSE PÚBLICO: COMPENSAÇÃO E GOVERNANÇA CORPORATIVA NAS EMPRESAS ESTATAIS SEGUNDO A OCDE <i>Daniel Brasiliense e Prado</i>	147

TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA E A IMPORTÂNCIA DA TRAVA SISTÊMICA	
<i>Fernanda Pietrobon Deparis • Laísa Domingues Fernandes.....</i>	179
A SECURITIZAÇÃO DE CRÉDITOS PÚBLICOS APÓS A LEI COMPLEMENTAR Nº 208, DE 2 DE JULHO DE 2024: UM DIÁLOGO CRÍTICO ENTRE A MODELAGEM FINANCEIRA PRIVADA E O INTERESSE PÚBLICO	
<i>Luciana Belo Soares.....</i>	209
A CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA FISCAL À LUZ DA LEI Nº 14.230/21	
<i>Túlio Henriques Fonseca Araújo • Thalles Henrique Rocha Claves....</i>	249
A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 40 DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS: ANÁLISE DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE TRIBUTÁRIA À LUZ DO TEMA Nº 390 DO STF	
<i>Marlos Emanuel Medeiros Gama</i>	271
DO CONFLITO À COOPERAÇÃO: A RECONFIGURAÇÃO DO FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO PELA REFORMA TRIBUTÁRIA E O CONSELHO NACIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA FISCAL COMO INSTRUMENTO DE CONSOLIDAÇÃO DO MODELO COOPERATIVO	
<i>João Lucas Paiva Vianna • João Marcos Cerqueira Torres Costa • Marina Rosas Léda</i>	289
A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO FERRAMENTA DE MODERNIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA: O CASO DA PGFN	
<i>Tiago da Silva Fonseca</i>	317
Seção 3 – Parecer	
PARECER SEI Nº 3465/2025/MF	
<i>Andréa Karla Ferraz.....</i>	337

APRESENTAÇÃO

É com grande entusiasmo que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) anuncia a 15ª edição de sua Revista, um importante veículo para a difusão do conhecimento e o aprofundamento do debate jurídico e técnico em nossas áreas de atuação. Esta edição, que reafirma a periodicidade semestral da publicação, destaca-se pela alta qualidade dos trabalhos, que refletem a capacidade técnica e a dedicação de nossos membros e de autores convidados.

A atual edição traz um rico panorama de temas de relevância jurídica. Os artigos publicados abrangem questões atuais de Direito Tributário, Financeiro e Administrativo. O presente número também inclui o PARECER SEI Nº 3.465/2025/MF, subscrito por procuradores da Fazenda Nacional que atuam na Coordenação-Geral de Assuntos Tributários, que versa sobre a tributação do residente no exterior. Este parecer é particularmente relevante, pois avalia o impacto do julgamento do Tema nº 1174 de Repercussão Geral do STF

É imperativo expressar nossa gratidão à autora convidada, Carolina Zancaner Zockun, cujo trabalho sobre licitação pública enriquece significativamente essa 15ª edição.

Estendemos este agradecimento a todos os colegas que submeteram seus valiosos trabalhos para a publicação. É a colaboração e a dedicação de cada autor que possibilita a existência e o sucesso da Revista PGFN, mantendo-a como um fórum essencial para o debate jurídico.

Reconhecemos, ainda, o trabalho meticuloso e indispensável de todos os organizadores, revisores e demais responsáveis pela Revista, que garantem a curadoria, a qualidade e a relevância de cada volume publicado.

Temos a convicção de que a produção acadêmica da nossa comunidade institucional fomenta o estudo, a reflexão e a investigação de temas complexos, oferecendo bases sólidas aos operadores do direito. Assim, a 15ª edição da Revista Acadêmica da PGFN convida todos os

profissionais, acadêmicos e interessados a explorarem estes e outros trabalhos, contribuindo para a contínua evolução do Direito Público brasileiro.

Anelize Lenzi Ruas de Almeida
Procuradora-Geral da Fazenda Nacional

EDITORIAL

A 15ª edição da Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional marca um momento especial na trajetória do periódico. Após relevantes esforços institucionais, a revista retoma em 2025 a publicação de duas edições em um mesmo ano, mantendo o seu compromisso da periodicidade semestral. Esse resultado reafirma o comprometimento renovado da revista com a difusão contínua de conhecimento jurídico de alta qualidade.

O retorno à regularidade da revista veio acompanhado de outro marco: uma quantidade expressiva de submissões para avaliação pelo Comitê Avaliador. Esse número evidencia a crescente confiança da comunidade acadêmica e dos membros da Advocacia Pública Federal na revista como espaço qualificado para o debate jurídico, nas mais diversas áreas de conhecimento.

No tocante aos artigos, esta edição reúne reflexões relevantes e atuais. Entre os autores convidados, trazemos estudo sobre princípios e regras no pregão, com enfoque na possibilidade de apresentação posterior de documentos de habilitação. Por sua vez, os artigos submetidos à dupla revisão às cegas (“*double blind peer review*”) abrangem temas importantes para o direito tributário, financeiro e administrativo.

Por fim, outra novidade é a retomada da publicação de pareceres de interesse da carreira, iniciativa que reforça a missão da revista de valorizar a produção técnico-jurídica da PGFN. Nesse sentido, encerramos esta edição com o Parecer SEI nº 3.465/2025/MF sobre o Tema nº 1174, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que tratou da tributação de rendimentos de aposentadoria e pensão de não residente.

Esperamos que esta edição contribua para o aprofundamento das discussões que atravessam a atuação da Advocacia Pública Fiscal, fortalecendo a reflexão crítica e estimulando novos debates. A todos os autores, pareceristas e colaboradores, agradecemos pela dedicação e pela confiança contínua na revista.

Desejamos uma leitura proveitosa.

PHELIPPE TOLEDO PIRES DE OLIVEIRA

Editor-Chefe

Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional



PRINCÍPIOS E REGRAS NO PREGÃO: POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO QUE NÃO FORAM ENTREGUES COM A PROPOSTA

PRINCIPLES AND RULES IN THE AUCTION: THE POSSIBILITY OF SUBMITTING QUALIFICATION DOCUMENTS THAT WERE NOT DELIVERED WITH THE PROPOSAL

Leandro Sarai¹

Escola da AGU

Carolina Zancaner Zockun²

Pontifícia Universidade Católica

RESUMO: O presente artigo, a partir do método hipotético dedutivo, e com base na legislação, na doutrina e jurisprudência, investigará o dilema entre a vedação à juntada extemporânea de documentos de habilitação, prevista no Art. 64 da Lei nº 14.133/2021, e a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração. A pesquisa parte da aná-

1 Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Credenciado da Escola da AGU. Procurador do Banco Central. As opiniões contidas no artigo representam a posição acadêmica exclusiva do autor, não tendo nenhuma relação com as posições das instituições com as quais mantém vínculos. E-mail: leandro.sarai@yahoo.com.br ;<https://orcid.org/0000-0001-6742-1051>

2 Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra-Portugal. Doutora e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professora de Direito Administrativo dos cursos de graduação, mestrado e doutorado da PUC/SP. Procuradora da Fazenda Nacional, Coordenadora da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da AGU. As opiniões contidas no artigo representam a posição acadêmica exclusiva da autora, não tendo nenhuma relação com as posições das instituições com as quais mantém vínculos. <https://orcid.org/0000-0002-4711-1918>

lise do Acórdão nº 1211/2021 do Plenário do TCU, que flexibilizou a regra para sanar falhas e evitar a inabilitação de licitantes qualificados. Como solução para compatibilizar o entendimento do TCU com a nova lei, o artigo propõe a exigência da declaração de atendimento dos requisitos de habilitação (Art. 63, I), permitindo que eventuais documentos comprobatórios ausentes sejam apresentados posteriormente por serem considerados complementares à referida declaração.

PALAVRAS-CHAVE: licitação – habilitação – documentos complementares – Lei nº 14.133/2021 – saneamento de falhas.

Abstract: *This article, based on the hypothetical deductive method, and based on legislation, doctrine and jurisprudence, will seek to investigate the dilemma between the prohibition of late submission of qualification documents, as stated in Art. 64 of Law No. 14,133/2021, and the pursuit of the most advantageous proposal for the Public Administration. The research stems from the analysis of Ruling (Acórdão) No. 1211/2021 by the Federal Court of Accounts (TCU), which allowed for flexibility to remedy failures and avoid the disqualification of qualified bidders. As a solution to reconcile the TCU's understanding with the new law, this paper proposes requiring a declaration of compliance with qualification requirements (Art. 63, I), thereby allowing any missing supporting documents to be submitted later on the grounds that they are complementary to the aforementioned declaration.*

KEYWORDS: public bidding – qualification – complementary documents – Law No. 14,133/2021 – remedying failures.

1. INTRODUÇÃO

O problema central desse artigo envolve o dilema entre a vedação à juntada extemporânea de documentos de habilitação, prevista no Art. 64 da Lei nº 14.133/2021, e a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração, privilegiando os princípios da eficiência e do interesse público.

2. O PROBLEMA

O problema analisado na presente pesquisa pode ser mais bem compreendido a partir do entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) manifestado no Acórdão nº 1211/2021 de seu Plenário:

[...] 9.4. deixar assente que, o pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea “h”; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no Art. 43, §3º, da Lei nº 8.666/1993 e no Art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro;

De acordo com esse entendimento, caso um licitante possua todas as condições de habilitação no momento da apresentação da proposta, mas, por erro ou falha, não apresente os documentos comprobatórios nesse mesmo momento, será possível sua juntada posterior. Mais do que isso: a falta não acarretaria sua inabilitação.

Essa possibilidade de uma juntada posterior da documentação faltante teria a vantagem de propiciar uma contratação mais vantajosa, uma vez que, caso esse licitante fosse inabilitado, seria necessário convocar o próximo licitante da lista de classificação, normalmente um licitante com preço superior.

O Acórdão trata de caso envolvendo a legislação anterior à Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, a nova Lei de Licitações. Mas ele já utiliza as normas dessa nova Lei em sua fundamentação. É necessário, todavia, verificar se o entendimento do TCU tem validade na nova Lei.

Esse entendimento, de certa forma, atende aos princípios do Art. 5º da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, notadamente a eficiência (pois o processo obteria o melhor resultado), o interesse público (porque a economia de recursos interessa à sociedade) e a proporcionalidade.

de (porque a simples não entrega de documentos não afeta a efetiva capacidade do licitante). Também estaria de acordo com o objetivo do Art. 11, inciso I, da Lei, de assegurar a seleção da proposta mais vantajosa.

O Art. 64 da Lei nº 14.133, de 2021, que foi citado tem a seguinte redação:

Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.

Ocorre que, como se vê no *caput* do Art. 64, a regra seria a vedação de apresentação de documento após o prazo oportuno, excetuando apenas aqueles documentos complementares aos já apresentados. Com isso, em princípio, não caberia a solução adotada.

Se de fato essa complementação não é permitida, haveria um dilema. Permitir que um licitante apresente após o momento oportuno documentos de habilitação pode eventualmente prestigiar os princípios acima referidos. Por outro lado, pode ao mesmo tempo, por outra perspectiva, desrespeitar outros princípios, como os da legalidade (porque a lei aparentemente não permite a solução dada de apresentação posterior), da igualdade (porque eventualmente uma empresa que apresentou a documentação adequadamente estaria sendo preterida), da vinculação ao edital (porque normalmente o edital é claro sobre o momento da apresentação da documentação) e da celeridade (pois o processo se alongaria ao conceder novo prazo para o licitante mais bem classificado apresentar sua documentação).

É certo que a questão da nova oportunidade para apresentação de documentos de habilitação se restringe apenas àqueles documentos que não estejam contemplados no Sicaf. A propósito, o Art. 39 da Instrução Normativa Seges nº 73, de 30 de setembro de 2022, prevê que *“a habilitação será verificada por meio do Sicaf, nos documentos por ele abrangidos, quando os procedimentos licitatórios forem realizados por órgãos ou entidades a que se refere o Art. 1º ou por aqueles que aderirem ao Sicaf.”*

A questão, obviamente, também não ocorre naquelas hipóteses em que a documentação é dispensada, com base no Art. 70, inciso III, da Lei de Licitações. Segundo esse dispositivo, a documentação de habilitação pode ser *“dispensada, total ou parcialmente, nas contratações para entrega imediata, nas contratações em valores inferiores a 1/4 (um quarto) do limite para dispensa de licitação para compras em geral e nas contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento até o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).”*

Não se estudará neste artigo a questão sobre a possibilidade de não exigir certos documentos de habilitação em outras hipóteses além dessas do inciso III do Art. 70 da Lei.

Estabelecidos assim os limites do dilema, é necessário esclarecer o próprio conceito de documento complementar.

3. DOCUMENTO COMPLEMENTAR

Por definição, o documento complementar está vinculado a um documento principal ou, mais precisamente, a um documento já apresentado. É nesse sentido que a Lei menciona a possibilidade de apresentação de documento novo para complementar informações de documentos já apresentados.

Quando a lei menciona “novos documentos”, essa expressão pode levar a equívocos. Numa leitura apressada, pode-se pensar que documento novo é o que acaba de ser produzido. Assim, por exemplo, uma fotografia de anos atrás não seria documento novo, mas sim documento velho.

Ocorre que, se por um lado, o conceito de documento novo é irrelevante, por outro, ele tem outro sentido. O sentido legal é de documento ainda não apresentado. O conceito é irrelevante porque o que importa efetivamente é averiguar quando esse documento pode ser apresentado.

Essa questão também está presente no Código de Processo Civil (CPC), que prevê no Art. 435:

Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapor-los aos que foram produzidos nos autos.

Parágrafo único. Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o Art. 5º.

Também há divergências sobre o conceito de documento novo no CPC³, mas parece ficar claro que aqui também que o critério de admissibilidade de apresentação de documentos novos não diz respeito à data de nascimento do documento. Veja-se que se um documento for necessário para fazer prova de fato ocorrido após os já articulados, ele poderá ser juntado, independentemente da data de sua criação. Obviamente que um documento, como registro de um fato, somente pode existir a partir da ocorrência desse fato. Mas o próprio Art. 435 também admite juntada de documento para contrapor aos documentos produzidos nos autos e, nesse caso, embora possível o documento ter nascido antes, é irrelevante a data de sua criação. Ainda mais claro é o parágrafo único do Art. 435. Tudo isso apenas para demonstrar que também no CPC documento novo também parece indicar documento ainda não juntado.

3 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Ação rescisória na justiça do trabalho. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Pedro Paulo Teixeira Manus e Suely Gitelman (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/344/edicao-1/acao-rescisoria-na-justica-do-trabalho>

Voltando para a Lei de Licitações, ela também impõe exigências para admitir a apresentação extemporânea de documentos. Somente se admite apresentação de documento novo em sede de diligência e em dois casos apenas: 1) complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame; 2) atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

Interessa aqui apenas o primeiro caso. Veja que o novo documento deve necessariamente estar ligado a um documento já apresentado. Além disso, os fatos nele registrados devem ser relativos à época da abertura da licitação.

Abertura da licitação corresponde à data da abertura da sessão pública, em que as propostas são abertas. A data da abertura vem determinada no edital. No âmbito federal, a abertura da licitação é mencionada no Art. 16 da Instrução Normativa Seges nº 73, de 2022⁴.

Já a data limite para apresentação dos documentos de habilitação também é fixada no edital, devendo ser respeitados os prazos mínimos previstos no Art. 55 da Lei nº 14.133, de 2021. Ainda no âmbito federal, o inciso I do §1º do Art. 8º da Instrução Normativa Seges nº 73, de 2022, prevê que os documentos de habilitação devem ser entregues juntamente com a proposta.⁵

4 “Art. 16. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo encaminhar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura da sessão pública, por meio eletrônico, na forma prevista no edital de licitação. § 1º O agente de contratação ou a comissão de contratação, quando o substituir, responderá aos pedidos de esclarecimentos e/ou impugnação no prazo de até três dias úteis contado da data de recebimento do pedido, limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame, e poderá requisitar subsídios formais aos responsáveis pela elaboração do edital de licitação e dos anexos.”

5 “Art. 8º A realização da licitação pelo critério do menor preço ou maior desconto observará as seguintes fases sucessivas: [...] § 1º A fase referida no inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no edital de licitação e observados os seguintes requisitos, nesta ordem: I - os licitantes apresentarão simultaneamente os documentos de habilitação e as propostas com o preço ou o maior desconto, observado o disposto no § 1º do Art. 36 e no § 1º do Art. 39.”

Já a data limite para apresentação da proposta, nos modelos de editais da AGU⁶, corresponde à data da abertura da sessão pública.

Com base nessas premissas, é conveniente trazer alguns exemplos para diferenciar a situação de documento cuja apresentação é admitida e de documento cuja apresentação não é admitida.

Tome-se por exemplo uma licitação que exija apresentação de atestado de qualificação técnica que comprove que o licitante tenha construído 3000 m³ de determinado tipo de edificação. Ainda nesse exemplo, suponha-se que o licitante tenha apresentado um atestado que certifique que ele tenha construído edificação semelhante à exigida, porém sem especificar a metragem. Esse documento, eventualmente, poderá ensejar dúvida quanto ao atendimento das exigências. Porém, como houve apresentação de um documento, seria possível, nos termos do Art. 64, inciso I, da Lei, complementar as informações constantes do atestado para fins de averiguar se a metragem mínima foi atendida.

Esse exemplo é diferente da situação em que o licitante simplesmente não apresenta nenhum atestado para fins de qualificação técnica. Nessa hipótese, em princípio, ele não poderá apresentar o documento necessário, conforme os termos expressos do *caput* do Art. 64, pois a situação não se enquadra no inciso I.

4. DE VOLTA AO DILEMA

Como visto no tópico anterior, a Lei de Licitações parece oferecer uma solução clara para os casos em que há alguma falha na apresentação da documentação de habilitação. Ocorre que, essa solução pode levar à inabilitação de um licitante que possui condições de executar o objeto e com o menor preço.

Foi justamente por esse motivo que o TCU buscou construir uma interpretação da legislação revogada para tentar salvar a melhor proposta para a Administração. Embora tenha utilizado em sua fundamentação também o Art. 64 da nova Lei, nota-se que, se por um lado, esse artigo aparentemente seria contrariado com a permissão de complementação

6 BRASIL, Advocacia-Geral da União. Modelos da Lei nº 14.133/21 para pregão e concorrência. Disponíveis em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/modelos/licitacoescontratos/14133/pregao-e-concorrenca>. Acesso em: 6 nov. 2024.

de documento, por outro, a solução que veda a abertura de nova oportunidade para apresentação da documentação de habilitação pode levar à perda de um bom contrato.

A relevância dos efeitos decorrentes dessa solução justifica aprofundar a investigação e, se confirmada inviabilidade dessa solução, avaliar uma solução alternativa.

Alterar a legislação poderia contemplar a solução de permitir nova apresentação de documentos, mas, considerado o cenário dado, é necessário investigar se na legislação atual haveria solução alternativa, que pudesse trazer o benefício de garantir o melhor contrato sem desrespeitar a Lei.

A solução de admitir juntada posterior de documento, além de, em princípio, contrariar o disposto no *caput* do Art. 64, gera um outro problema. É que nada garante que, ao ser dada nova oportunidade para o licitante, ele irá apresentar o documento faltante. Além disso, como determinar qual deve ser o número de oportunidades a serem concedidas e sem Lei? Afinal, se a proposta do licitante é a melhor, e se ele de fato possui condições de executar o objeto, sua inabilitação a qualquer momento, independentemente do número de oportunidades, geraria o mesmo problema inicial, que é a perda da melhor proposta.

Outro aspecto também precisa ser lembrado. O Art. 12, inciso III, da Lei de Licitações prevê que “*o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo*”.

No caso ora tratado, a falta do documento prejudica a aferição da qualificação do licitante e, portanto, pode acarretar seu afastamento da licitação.

5. UMA POSSÍVEL ALTERNATIVA?

Como o problema envolve habilitação, é necessário refletir sobre alguns aspectos dessa fase da licitação.

A Constituição, no Art. 37, inciso XXI, somente admite exigências de “*qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do*

cumprimento das obrigações”. A redação dessa norma aparentemente não impôs a necessidade de exigir a comprovação dessa qualificação. Ao contrário, ela parece apenas ter estabelecido um limite máximo de exigências, ou seja, aquilo que seja indispensável.

Foi nesse sentido que a Lei nº 14.133, de 2021, regulou as exigências de qualificação técnica e econômico-financeira, como se pode confirmar no uso da expressão “*será restrita*” constante dos Arts. 67 e 69, que tratam dessas qualificações.

Mas o problema da presente pesquisa não diz respeito aos limites máximos, mas sim sobre a possibilidade de flexibilizar as exigências mínimas que eventualmente constem do edital no caso concreto. Mais especificamente, diz respeito a situações em que o edital exigiu condições mínimas de habilitação, de acordo com a lei, porém o licitante, embora atendesse todas as exigências, deixou de apresentar a documentação necessária no momento oportuno.

Uma solução possível para casos como esse é exigir no edital a declaração prevista no Art. 63, inciso I, da Lei de Licitações: “*Art. 63. Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições: I - poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação, e o declarante responderá pela veracidade das informações prestadas, na forma da lei;*”

Caso a declaração seja falsa, o licitante poderá ser responsabilizado pelos ilícitos configurados, tais como, por exemplo, crime de falsidade ideológica do Art. 299 do Código Penal, que prevê:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular.

Também, poderá configurar a infração administrativa do Art. 155, inciso VIII, da Lei de Licitações, ensejando até mesmo pena de declaração de inidoneidade:

Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;

[...]

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

[...]

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

[...]

§ 5º A sanção prevista no inciso IV do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do caput do Art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.”

Mariana Magalhães Avelar⁷ e José Anacleto Abduch Santos apresentam o relevo da referida declaração para configuração da conduta infracional⁸.

Para Sidney Bittencourt, além de possibilitar a configuração das infrações citadas, a declaração poderia ter duas finalidades. Uma delas seria servir de alerta para afastar eventuais aventureiros. Em segundo lugar, para os licitantes de boa-fé, serviria também de alerta quanto aos requisitos necessários, evitando-se que ao final do processo de licitação o vencedor fosse um licitante sem condições de ser contratado. Essa segunda utilidade seria proveitosa para a Administração garantir um

7 AVELAR, Mariana Magalhães. Comentário ao Art. 63. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 652.

8 SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitação e contratação pública**: de acordo com a Lei 14.133/21. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p.151.

processo licitatório útil⁹. Essas duas utilidades também são lembradas por Francisco Sérgio Maia Alves¹⁰.

Joel de Menezes Niebuhr, além das infrações e do resguardo da utilidade do processo, também ressalta que a falta da declaração acarretaria a desclassificação do licitante¹¹. Claudio Madureira, a propósito, afirma que essa e as demais declarações do Art. 63 teriam por finalidade apenas possibilitar a participação do licitante no certame¹².

Ivan Barbosa Rigolin considera a exigência “*absolutamente estúpida*”, porque o licitante faz a declaração segundo seu entendimento, porém a Administração pode ter entendimento diverso¹³.

Se uma declaração falsa possui esses efeitos tão graves, uma declaração verdadeira também deve ter algum efeito. Não parece razoável uma exigência que somente sirva como instrumento de punição dos licitantes, principalmente porque o só fato de apresentar documentação de habilitação falsa já seria suficiente para ensejar punição grave.

Para o que importa ao presente estudo, fato é que essa declaração inquestionavelmente é algo bem mais simples do que a documentação de habilitação econômico-financeira e principalmente do que a documentação de qualificação técnica. Obviamente que a declaração também poderá deixar de ser apresentada, mas esse risco pode ser reduzido caso o edital já traga um modelo de proposta a ser apresentada já contendo o texto da declaração de atendimento das condições de habilitação.

Sendo a licitação eletrônica, o sistema pode ser programado para que a declaração seja uma exigência até mesmo para o prosseguimento do interessado na licitação. Nesse caso, haveria como faltar essa declaração.

9 BITTENCOURT, Sidney. **Nova lei de licitações passo a passo**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p.476.

10 ALVES, Francisco Sérgio Maia. **Lei de licitações e contratos comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p.299.

11 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p.811-812.

12 MADUREIRA, Claudio. **Licitações, contratos e controle administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p.288.

13 RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Lei nº 14.133/2021 Comentada: uma visão crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p.218.

Ocorre que, a depender da licitação, poderá ser necessário verificar efetivamente outros documentos para formação de um convencimento quanto à efetiva capacidade do licitante, como atestados, por exemplo.

E é aqui que aparece a vantagem dessa solução. Nesse exemplo, caso o licitante não apresente atestados no momento oportuno, ou seja, juntamente com a proposta, ele ainda os poderá apresentar posteriormente.

É que nesse caso os atestados poderiam ser considerados documentos complementares, uma vez que se refeririam à declaração já prestada.

De fato, a declaração prevista no Art. 63, inciso I, da Lei de Licitações se enquadra no conceito de documento e abrange a habilitação como um todo.

Ainda que como documento particular ela não possa, por força do parágrafo único do Art. 408 do CPC¹⁴ e do parágrafo único do Art. 219 do Código Civil¹⁵, ser considerada como prova do fato nela declarado, os atestados podem sim ser considerados documentos complementares a essa declaração.

Dessa forma, haveria fundamento para aceitar a apresentação de documentos novos sem violar a Lei de Licitações e contribuindo para a obtenção da melhor proposta.

Embora a IN Seges 73, de 2022, preveja a apresentação dos documentos de habilitação juntamente com a proposta, nota-se no Art. 63, inciso II, da Lei, que os documentos de habilitação são exigidos apenas do licitante vencedor. Os de regularidade fiscal, conforme

14 “Art. 408. As declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário. Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência de determinado fato, o documento particular prova a ciência, mas não o fato em si, incumbindo o ônus de prová-lo ao interessado em sua veracidade.” O Art. 15 do CPC permite a aplicação subsidiária desse Código a processos administrativos, como é o caso do processo licitatório.

15 “Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários. Parágrafo único. Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las.”

Art. 63, inciso III, também somente podem ser exigidos do vencedor, e após o julgamento das propostas.

Essa norma também parece indicar que o entendimento do TCU, perante a nova Lei, pode ser considerado válido.

Mais do que isso, a impossibilidade de apresentação de documentos novos prevista no Art. 64 da Lei de Licitações parece se referir às normas de seu Art. 63, notadamente o inciso II e o inciso III. O fato de a IN Seges 73, de 2022, ter exigido antecipação da entrega dos documentos de habilitação para o momento de entrega da proposta não poderia prejudicar o licitante que deixou de apresentá-los, mas os apresentou após ser vencedor.

Na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, aparentemente os documentos de habilitação já deveriam ser entregues com a proposta. Mas na nova Lei de Licitações, em princípio, a exigência dos documentos de habilitação somente aparece em momento posterior à proposta, pois a Lei diz que somente o vencedor deverá entregar tal documentação. A exceção ocorre quando a habilitação vem antes das propostas, hipótese em que todos devem apresentar propostas juntamente com documentos de habilitação, conforme parte final do inciso II do Art. 63 da nova Lei de Licitações.

Assim, a exigência da IN Seges 73, de 2022, de entrega de documentos de habilitação juntamente com a proposta, pode ser considerada válida apenas como meio de facilitar e agilizar o procedimento, mas não como fundamento para inabilitação dos que não entregaram os documentos de habilitação.

Enfim, essa investigação teve duas revelações. A primeira seria a possibilidade de utilizar a declaração do Art. 63, inciso I, para fundamento da aceitação da entrega de documentos complementares.

A segunda foi o fato de o Art. 63, incisos II e III, aparentemente indicarem que o entendimento do TCU se mostra válido na nova Lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente investigação partiu de um dilema central na aplicação da Lei nº 14.133/2021: a tensão entre a regra que veda a apresentação de novos documentos de habilitação (Art. 64) e os princípios da eficiência, do interesse público e da busca pela proposta mais vantajosa. Uma interpretação estritamente literal da norma levaria, em muitos casos, à inabilitação de licitantes com as melhores propostas por falhas meramente formais, como a não juntada de um documento comprobatório de uma condição que o licitante já possuía no momento do certame.

Este artigo demonstrou, contudo, que existe uma solução alternativa que compatibiliza a legalidade estrita com a eficiência administrativa, validando o entendimento manifestado pelo TCU no Acórdão nº 1211/2021. A solução reside na utilização da **declaração de que o licitante atende aos requisitos de habilitação**, conforme previsto no Art. 63, inciso I, da Lei de Licitações.

Ao se exigir essa declaração como parte da proposta, ela se torna o documento principal que atesta a qualificação do concorrente. Dessa forma, um atestado ou certidão que tenha sido omitido por equívoco pode ser considerado um **documento complementar** a essa declaração já prestada. A sua juntada posterior, portanto, não representa a inclusão de um "documento novo" vedado pelo caput do Art. 64, mas sim a complementação de informações de um documento já apresentado, enquadrando-se na exceção prevista no inciso I do mesmo artigo.

Essa interpretação é reforçada pela própria estrutura do Art. 63, que indica que a apresentação da documentação completa é, em regra, uma exigência imposta apenas ao licitante vencedor.

Diante do exposto, concluímos, em revisão a posicionamentos anteriores sobre o tema¹⁶, que é possível e legalmente defensável permitir a juntada posterior de documentos de habilitação ausentes, desde que o licitante tenha apresentado a declaração de atendimento dos requisitos e já possuíse a condição exigida na data de abertura do certame. Adota-se, assim, uma interpretação que prestigia o formalismo moderado e garante que o interesse público em obter a melhor contratação não seja frustrado por falhas passíveis de saneamento.

16 PARECER n. 00006/2021/CNMLC/CGU/AGU, emitido ainda sob a égide da Lei nº 8.666/93.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Sérgio Maia. Lei de licitações e contratos comentada. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p.299.

AVELAR, Mariana Magalhães. Comentário ao Art. 63. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 652.

BITTENCOURT, Sidney. Nova lei de licitações passo a passo. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p.476.

BRASIL, Advocacia-Geral da União. Modelos da Lei nº 14.133/21 para pregão e concorrência. Disponíveis em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/modelos/licitacoescontratos/14133/pre-gao-e-concorrencia> Acesso em: 6 nov. 2024.

MADUREIRA, Claudio. Licitações, contratos e controle administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p.288.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p.811-812.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Lei nº 14.133/2021 comentada: uma visão crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p.218.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitação e contratação pública: de acordo com a Lei 14.133/21. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p.151.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Ação rescisória na justiça do trabalho. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Pedro Paulo Teixeira Manus e Suely Gitelman (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/344/edicao-1/acao-rescisoria-na-justica-do-trabalho>



ISONOMIA E CRITÉRIO MATERIAL DO IBS E DA CBS SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PROFISSÃO INTELECTUAL: PERSISTE O PROBLEMA DA TAXATIVIDADE DA LISTA DE SERVIÇOS?

PRINCIPLE OF TAX EQUALITY AND THE MATERIAL ELEMENT OF THE IBS AND CBS ON THE PROVISION OF INTELLECTUAL PROFESSIONAL SERVICES: DOES THE ISSUE OF THE EXHAUSTIVE NATURE OF THE SERVICE LIST STILL PERSIST?

Ítalo Fábio Gomes de Azevedo¹

RESUMO: O presente estudo analisa o critério material da regra-matriz de incidência tributária (regra-matriz) do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) e da contribuição social sobre bens e serviços (CBS) incidentes sobre a prestação de serviços de profissões intelectuais regulamentadas. Utilizando o método do constructivismo lógico-semântico, examina-se a evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial do imposto sobre serviços no Brasil. O trabalho busca identificar o fator de *discrímen* para a inclusão dessas atividades profissionais no regime especial favorecido do IBS e da CBS, com o objetivo de esclarecer a conformidade do novo modelo tributário com o princípio constitucional da isonomia.

PALAVRAS-CHAVE: Regra-Matriz de Incidência Tributária; Imposto e Contribuição sobre Bens e Serviços; Isonomia.

¹ Mestrando do Curso de Mestrado Acadêmico em Direito Tributário, do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Advogado. Coordenador do IBET em São Luís – MA. E-mail: italo@azevedoadvocacia.adv.br

ABSTRACT: This study analyzes the material criterion of the tax incidence rule (matrix rule) of the Tax on Goods and Services (IBS), and the Contribution on Goods and Services (CBS), as applied to the provision of regulated intellectual professional services. Employing the logical-semantic constructivist method, the research examines the legislative, doctrinal, and jurisprudential evolution of the service tax in Brazil. The paper aims to identify the discriminating factor for the inclusion of such professional activities within the special favored tax regime of the IBS and CBS, with the objective of clarifying the consistency of the new tax model with the constitutional principle of tax equality.

KEYWORDS: Tax Incidence Rule; Tax and Contribution on Goods and Services; Tax Equality.

1. INTRODUÇÃO

Pretende-se fazer breve exame de um dos critérios materiais das regras-matrizes de incidência tributária do Imposto sobre Bens e Serviços – IBS e da Contribuição sobre Bens e Serviços - CBS, no que concerne à incidência sobre a prestação de serviços de profissão intelectual.

Por descrição do critério material da regra-matriz entenda-se o equivalente “a consignar o critério material (verbo + complemento), (...) isto é, o núcleo do acontecimento fáctico” (CARVALHO, 2021, p. 152).

Para tanto, será examinada a evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial no Brasil sobre a tributação diferenciada e favorecida a serviços de profissões intelectuais, fiscalizadas por Conselhos Profissionais, culminando com a promulgação da EC 132/2023 e da LC 214/2025.

Será feito um esforço para identificar tal critério material a partir da disciplina constitucional e legal em vigor no Brasil, respondendo à indagação sobre o caráter taxativo ou exemplificativo da lista de serviços do Art. 127 da LC 214/2025, buscando identificar o fator de *discrimen* para a seleção das profissões incluídas nesse regime.

Por fim, testaremos a hipótese sobre o caráter taxativo ou exemplificativo do rol de profissões regulamentadas mencionadas no Art. 127 da LC 214/2025.

2. METODOLOGIA

Utilizar-se-á da análise comunicacional dos textos produzidos pelo constituinte derivado e pelo legislador complementar disciplinando o IBS e a CBS sobre a prestação de serviços de profissões regulamentadas, aplicando-se o método do constructivismo lógico-semântico fincado no pensamento do jusfilósofo Lourival Vilanova (UFPE) e desenvolvido pela escola capitaneada pelo Prof. Paulo de Barros Carvalho (PUC-SP e USP).

Examinando-se a letra crua da lei produzida nas Casas Legislativas (constituídas nas Democracias modernas por homens comuns do povo), verifica-se que o texto do direito positivo é salpicado de termos e expressões oriundos da linguagem popular ou de cunho técnico, muitas vezes vagos, imprecisos ou dúbios. Isto dificulta a identificação da norma jurídica apta a regular o comportamento humano, o que exige do intérprete um esforço para descortinar os aspectos sintáticos, semânticos e pragmáticos das diversas camadas de linguagem envolvidas, na busca das estruturas lógico-formais do discurso jurídico.

Por isso, o constructivismo supera o texto para procurar seu contexto, examina os diversos planos da linguagem, partindo do suporte físico dos vocábulos impressos no papel para seu significado semântico, a fim de formar na mente do jurista a ideia de norma jurídica. Somente a norma assim construída pelo intérprete e devidamente articulada em suas relações de subordinação e coordenação com outras normas do sistema estará carregada da força deôntica inata ao direito e apta a produzir nas relações sociais os efeitos pragmáticos almejados pelo legislador.

Assim, buscaremos identificar qual o critério material do IBS e da CBS sobre a prestação de serviços de profissão intelectual regulamentada, examinando sua compatibilidade vertical com o princípio constitucional tributário da isonomia.

Fica desde logo o alerta de que diversas outras normas fundantes do nosso direito constitucional afetam a conformação da regra-matriz do IBS e da CBS – como os princípios federativo, da autonomia municipal, da estrita legalidade fechada, da capacidade contributiva e tantos outros.

Tais regras constitucionais, embora fundamentais para a completa compreensão do problema, não serão objeto do presente artigo, que se limitará, modestamente, ao exame do critério material do IBS e da CBS conforme acima indicado.

3. O ISSQN SOBRE SERVIÇOS DE PROFISSÕES INTELECTUAIS

Conforme o Art. 127 do ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, na redação da EC 132/2023, o IBS e a CBS começarão a ser cobrados de forma compartilhada entre Estados e Municípios no ano de 2027. No período de 2029 a 2032 as alíquotas do atual imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISQN serão sucessivamente reduzidas até a extinção completa desse tributo municipal a partir de 2033 (ADCT, Arts. 128 e 129).

Portanto, durante a *vacatio constitutiones* da EC 132/23, os novos tributos coexistirão com o antigo sistema tributário, introduzido pela EC 18/1965, que submeteu o consumo no Brasil a três impostos diferentes: o IPI, de competência federal, o ICM, depois ICMS (a partir da Constituição Federal de 1988), arrecadado pelos Estados-membros, e o ISSQN, atribuído pela Carta Magna aos Municípios.

Como nosso foco no presente estudo é a tributação dos serviços consumidos, cabe tecer breve panorama a respeito do imposto incidente sobre a prestação de serviços de profissões regulamentadas, para melhor compreensão do problema.

3.1 Escorço histórico

A Carta Republicana de 1934 atribuía aos Estados competência privativa para “decretar impostos sobre (...) indústrias e profissões” (Art. 8º, I, g). A competência municipal para arrecadar e cobrar tal imposto foi atribuída pelo Art. 29 da Constituição Federal de 1946 mas, “dada a imprecisão de sua denominação, prestava-se a um conteúdo diversificado, como tinha de fato. De modo geral, tributavam-se serviços, mas também estabelecimentos comerciais e industriais, caso em que a base de cálculo era a receita bruta do estabelecimento tributado.” (COSTA, 2013, p. 30).

Extinguindo esse antigo imposto, a Emenda Constitucional nº 18/1965 atribuiu aos Municípios a competência para tributar pelo ISSQN os “*serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União e dos Estados*” (Art. 15).

Com a edição do DL 406/1968 (Art. 9º, §§ 1º e 3º), o ISSQN passou a ser cobrado das sociedades civis de prestação de serviços sob dois regimes excludentes:

a) incidência de um *percentual (geralmente 5%) sobre o preço do serviço* (para as sociedades que têm estrutura empresarial, como se dá com um hospital ou uma seguradora de planos de saúde, por exemplo); ou

b) mediante o *pagamento de um montante fixo* mensal ou anual em função da natureza do serviço, não podendo incidir diretamente sobre a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho (para aquelas sociedades de profissões regulamentadas caracterizadas pelo trabalho pessoal dos sócios, como se dá com escritórios de advocacia, de contabilidade ou clínicas médicas, v.g.).

A sistemática do Decreto-Lei 406/1968 foi sacramentada no Brasil durante mais de meio século e recepcionada pela Carta Magna de 1988 com o fito de traçar normas gerais para o imposto sobre serviços – ISS, de competência municipal (CF, Art. 156, III).

Para atender a pressões arrecadatórias e à necessidade de atualização a novas tecnologias, a lista de serviços tributáveis do DL 406/1968 foi continuamente ampliada pelo legislador², resultando em diversas alterações no referido § 3º do seu Art. 9º, com o fito exclusivo de adaptar as referências nele existentes aos novos itens, sem nunca ter sido, entretanto, revogado o regime especial de tributação das sociedades de profissões regulamentadas.³

2 Na Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional), a lista de serviços continha 10 itens, na redação original do DL 406/1968 eram 36 itens, o DL 834/1969 elencou 73 itens, a LC 56/1987 enumerou 99 itens, a LC 100/1999 acrescentou mais um item, e a Lei Complementar 116/2003 listou 194 itens, abarcando um leque de 208 diferentes serviços (já que cada item normalmente contém subitens e faz referência a diversas atividades).

3 O § 3º do Art. 9º do DL 406/1968, que inicialmente previa 21 profissões regulamentadas beneficiadas com a tributação fixa, sofreu, sucessivamente, as alterações redacionais do Decreto-Lei 834/1969, para incluir mais 17 profissões e, com a LC 57/1987, mais uma atividade fiscalizada por conselho profissional (a de psicólogo).

Com a edição da Lei Complementar 116/2003, esse movimento legislativo de adicionar novos serviços à lista culminou por acarretar diversas discussões sobre a subsunção ou não de determinadas atividades à tributação pelo ISSQN, bem como a respeito do caráter taxativo ou meramente exemplificativo da lista de serviços.

Esse debate será exposto adiante, de forma sintética.

3.2 Lista de serviços e lei complementar

Como a carga tributária do ISS fixo revela-se muito menor que o percentual sobre a receita bruta, instaurou-se no país importante contencioso administrativo e judicial acerca dos requisitos que os prestadores de serviço precisariam atender para usufruírem tal benefício, especialmente após a edição da LC 1.116/2003, que definiu a lista de serviços tributados pelo ISS já na vigência da Constituição Federal de 1988. O fisco entendia que o tipo societário escolhido pela sociedade profissional, seu registro em Junta Comercial ou a associação entre profissionais de setores diferentes desnaturava o gozo ao regime diferenciado. Os contribuintes defendiam que bastava aos profissionais prestarem seus “serviços sob a *forma de trabalho pessoal*” para afastar o caráter empresarial da organização societária, fazendo *jus* à apuração do ISS com base em um valor fixo, multiplicado pelo número de profissionais participantes da sociedade, e não à alíquota de cinco por cento (5%) sobre o preço do serviço, como se dá para as sociedades empresárias, atraindo a incidência da regra do Art. 9º, § 3º do DL 406/68, mencionada acima.

Essa discussão acirrada, no campo político e pragmático, com milhares de Municípios promulgando leis ordinárias instituidoras do ISS país afora, na verdade mascarava o debate a respeito da extensão da *autonomia municipal* frente ao pacto federativo (especialmente após a Carta Magna de 1988) e a função da *lei complementar* em matéria tributária.

Sobre o ponto, CARRAZZA (2025, p. 180) sustenta que:

Nem o governo federal nem o estadual podem interferir no exercício da competência tributária dos Municípios. (...) É patente que o Congresso Nacional não pode usurpar faculdades que, pela Constituição, foram consignadas aos Municípios.

Por isto tudo, já antevemos quão inconstitucionais são as chamadas “Listas de Serviços”, que querem “determinar” a tributação por via de ISS (imposto sobre serviços de qualquer natureza, de competência exclusivamente municipal). Podem, quando muito, veicular “sugestões”, que os Municípios aceitarão por boas ou rejeitarão por inadequadas ou injurídicas.

BARRETO (2005, *passim*), considera que a lei complementar não cria tributo e que, mesmo em matéria de ISS, não pode o legislador federal definir como serviço aquilo que serviço não é, visto que “a lei complementar completa a Constituição; não a modifica.” (p. 109).

Prestigiando a lista de atividades contidas no Decreto-Lei 406/68, o qual foi recepcionado pela CF/1988 com *status* de Lei Complementar, prevaleceu no Judiciário o entendimento de que, tratando-se de sociedades simples – um tipo de sociedade personificada e não empresária – constituída sobretudo para a exploração de atividade de prestação de serviços decorrentes de atividade intelectual inexistente elemento de empresa, pois os sócios participam ativamente da atividade da sociedade utilizando-se de seus conhecimentos técnicos e aplicando a Ciência de sua profissão regulamentada. É o que se demonstrará no item seguinte.

3.3 Indefinição nos tribunais superiores

O regime benéfico de tributação pelo ISS aos serviços de profissões regulamentadas foi mantido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “o tratamento diferenciado dispensado às sociedades profissionais, nos moldes do Art. 9º do Decreto-Lei 406/68, não foi revogado pela Lei Complementar 116/03” (REsp 919.067/MG, Rel. Min. Teori Albino Savascki, DJe 09/08/2011), com a restrição “de que as sociedades constituídas sob a forma de responsabilidade limitada, justamente por excluir a responsabilidade pessoal dos sócios, não atendem ao disposto no Art. 9º, § 3º, do DL 406/68, razão por que não fazem jus à postulada tributação privilegiada do ISS” (AgRg nos EREsp 1.182.817/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 29/08/2012).

Após mais de meio século de discussão nos meios jurídicos, as Cortes Superiores culminaram por expressar entendimento dúbio a respeito da taxatividade da lista de serviços, como se vê das manifestações seguintes:

O STJ firmou tese, em recurso repetitivo, Tema nº 132, segundo a qual é legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL nº 406/1968 e à LC nº 56/1987.

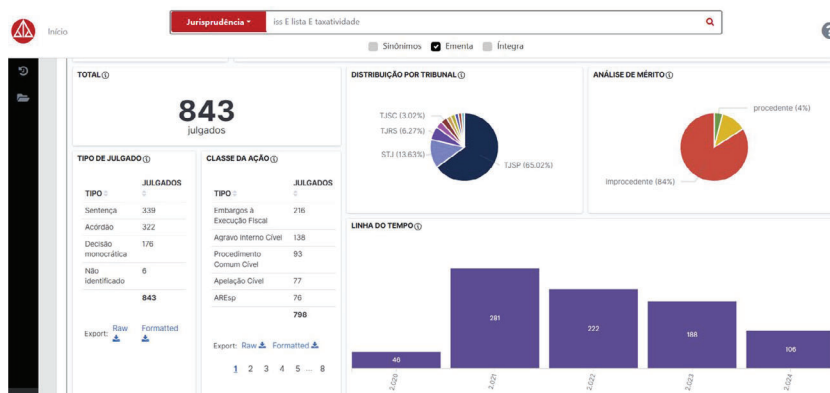
Na mesma assentada, restou decidido que é taxativa a Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68, para efeito de incidência de ISS, admitindo-se, aos já existentes apresentados com outra nomenclatura, o emprego da interpretação extensiva para serviços congêneres. (STJ, 1ª Turma, AgInt no REsp 2100483/PR, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 07/03/2024)

Já o Supremo Tribunal Federal firmou no Tema 296 a seguinte tese:

É taxativa a lista de serviços sujeitos ao ISS a que se refere o Art. 156, III, da Constituição Federal, admitindo-se, contudo, a incidência do tributo sobre as atividades inerentes aos serviços elencados em lei em razão da interpretação extensiva. (STF, Pleno, AgInt no RE 784439, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 29/06/2020)

Assim, embora formalmente “pacificado” no âmbito judicial, os termos ambíguos das manifestações judiciais (uma lista taxativa que admite interpretação extensiva...) bem como o contencioso que persiste em torno da matéria, de que é mostra pesquisa que efetuamos sobre o tema no site de busca da AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, que mostra 843 decisões judiciais sobre a matéria proferidas após a 23 de setembro de 2020, data de publicação do Tema 296, como se vê da figura 1, adiante:

Fig. 1 - Pesquisa sobre taxatividade da lista do ISS no site da AASP



4. O IBS E A CBS SOBRE SERVIÇOS INTELECTUAIS NA EC 132/23

A respeito do tema em análise, o texto da Emenda Constitucional nº 132, promulgado em 20 de dezembro de 2023, acrescentou ao Capítulo do “Sistema Tributário Nacional” da Carta Magna de 1988 a “Seção V-A”, intitulada “Do Imposto de Competência Compartilhada entre Estados, Distrito Federal e Municípios”.

As alterações no sistema tributário brasileiro são de grande monta e, para nos atermos aos objetivos do presente artigo, será necessário fazermos um corte no objeto de estudo, limitando nossa análise aos contornos constitucionais do critério material da regra matriz de incidência do Imposto sobre Bens e Serviços – IBS e da Contribuição sobre Bens e Serviços – CBS para os serviços de profissões regulamentadas, assim enunciado no Art. 1º da EC 132/23:

Art. 156-A. Lei complementar *instituirá imposto sobre bens e serviços* de competência compartilhada entre Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 1º O imposto previsto no caput será informado pelo princípio da neutralidade e atenderá ao seguinte:

I - *incidirá sobre operações com bens materiais ou imateriais, inclusive direitos, ou com serviços;*

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

.....
(*omissis*).....

V - *sobre bens e serviços*, nos termos de lei complementar.

No corpo da Emenda Constitucional, fora do texto permanente da Carta e à parte do ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referida emenda trouxe a seguinte disposição:

Art. 9º A lei complementar que instituir o imposto de que trata o Art. 156-A e a contribuição de que trata o Art. 195, V, ambos da Constituição Federal, poderá prever os *regimes diferenciados* de tributação de que trata este artigo, desde que sejam uniformes em todo o território nacional e sejam realizados os respectivos ajustes nas alíquotas de referência com vistas a reequilibrar a arrecadação da esfera federativa.

.....
(*omissis*).....

§ 12. A lei complementar estabelecerá as *operações beneficiadas com redução de 30% (trinta por cento) das alíquotas dos tributos* de que trata o caput relativas à prestação de serviços de *profissão intelectual*, de natureza científica, literária ou artística, desde que sejam submetidas a *fiscalização por conselho profissional*.

Do primeiro contato com esse corpo legislativo, percebe-se que o constituinte derivado inovou na técnica legiferante. A EC 132 ampliou sobremaneira o espectro de atuação da lei complementar no direito tributário brasileiro.

Pela literalidade do Art. 146 da Constituição Federal de 1988 e seus incisos, a LC tem tríplice finalidade: I) dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; II) regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; e II) estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária).

Para parte significativa da doutrina, de rigor, a lei complementar em matéria tributária tem dupla função, visto que o inc. III – estabelecer normas gerais de direito tributário – se subsume nas outras duas finalidades.⁴

Sob o aspecto sintático, das relações de coordenação e subordinação dessa regra com as demais do sistema, observa-se que a lei complementar tributária tem como característica atuar como regra de estrutura – “lei sobre leis” ou, no dizer de CARVALHO (2021, p. 401):

A lei complementar, com sua natureza singular, matéria especialmente prevista na Constituição e quorum qualificado a que alude o artigo 69 deste Diploma - maioria absoluta nas duas Casas do Congresso - cumpre hoje função institucional da mais elevada importância para a estruturação da ordem jurídica brasileira. Aparece como significativo instrumento de articulação das normas do sistema, recebendo numerosos cometimentos nas mais diferentes matérias de que se ocupou o legislador constituinte. Viu afirmada sua posição intercalar, submetida aos ditames da Lei Maior e, ao mesmo tempo, subordinando os demais diplomas legais.

Aparentemente rompendo com esse caráter intercalar da lei complementar tributária no Brasil, a Reforma Constitucional de 2023 estabelece que a Lei complementar *instituirá* o imposto sobre bens e serviços (*caput* do Art. 156-A). Ora, sabe-se que, no fenômeno da incidência tributária, a Constituição não cria tributo, limitando-se a regular o poder de tributar e distribuir rigidamente as competências impositivas entre as três esferas de entes políticos (União, Estados e Municípios). A lei complementar, por sua vez, disciplina as regras gerais nessa matéria e, por sua vez, a lei ordinária de cada ente tributante institui os impostos que lhe cabem arrecadar.

Assim é que, por exemplo, para o ICMS a Carta Magna atribuiu competência aos Estados (CF, Art. 155, II), o Congresso Nacional editou lei complementar com normas gerais e definições sobre a matéria (LC 87/1996), e cada Estado-membro promulgou sua respectiva lei instituindo (leia-se, “criando”) o ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

4 Vide, por todos, CARVALHO (2021, p. 408-409).

O mesmo sucede com o ISSQN, delimitado na Lei Maior como de competência dos Municípios (CF, Art. 156, III), regido no âmbito nacional pela Lei Complementar 116/2003 e instituído (criado) através de lei ordinária de cada um dos 5.569 Municípios do país.⁵

Como o IBS resultará da fusão entre o ICMS, imposto estadual, e o ISS, imposto municipal, o constituinte derivado implementou essa nova figura engendrando uma competência “compartilhada entre Estados, Distrito Federal e Municípios.” (CF, Art. 156-A). Tal imposto “incidirá sobre operações com bens materiais e imateriais, inclusive direitos, ou com serviços” (§ 1º, inc. I, do referido dispositivo constitucional). Já a CBS substituirá o PIS e a Cofins, abarcando a mesma materialidade do IBS.

Assim, a lei complementar do IBS e da CBS transmuda-se da função de *regra de estrutura* para assumir inequívoco papel de *regra de conduta* das relações intersubjetivas entre os sujeitos da relação jurídico-tributária. No IBS, a lei complementar, com vigência nacional, cria o imposto sobre bens e serviços para todos os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, cabendo aos entes subnacionais meramente uma competência residual na fixação da alíquota estadual ou local que se ligará à alíquota de referência fixada, de modo uniforme, em todo o território do país. Em relação à CBS, essa mesma lei complementar regulará a nova contribuição federal, podendo sua alíquota ser estabelecida por lei ordinária da União.

Num esforço de intertextualidade, o intérprete precisará buscar fora do corpo permanente da Constituição Federal – e mesmo fora do ADCT – a menção aos “regimes diferenciados de tributação” do IBS e da CBS para profissões regulamentadas. Tal disposição – inserta no Art. 9º, § 12 da EC 132/2023 – constituiria um *tercius genus* de norma constitucional?

Referido dispositivo estabelece que a lei complementar do IBS e da CBS poderá prever os regimes diferenciados de tributação de que trata esse artigo, desde que tais regimes especiais sejam uniformes em

5 Dados da última eleição do TSE, disponibilizados em <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Outubro/eleicoes-2024-mais-de-155-milhoes-de-eleitoras-e-eleitores-comecam-a-votar-em-5-569-cidades>.

todo o território nacional e sejam realizados os respectivos ajustes nas alíquotas de referência com vistas a reequilibrar a arrecadação da esfera federativa. Acrescenta que, uma vez optando o legislador complementar por instituir o tratamento privilegiado (cuja criação, pelo texto constitucional, não é obrigatória), estabelecerá as operações beneficiadas com redução de 30% (trinta por cento) das alíquotas do IBS e da CBS “relativas à prestação de serviços de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, desde que sejam submetidas a fiscalização por conselho profissional” (Art. 9º, § 12 da EC 132/2023).

Pelo volume de alterações nesses dois dispositivos constitucionais – pequena amostra da mudança de regime implementada pela EC 132/2023 – já se anteveem as dificuldades que o cientista do direito enfrentará na construção de sentido a partir do texto legislado, recortado por linguagem técnica e fruto dos debates naturais do parlamento com a sociedade em meio ao processo legislativo.

4.1 Processo legislativo como fonte do direito

A doutrina tradicional descreve que o direito provém da lei, do costume, da doutrina e das decisões judiciais, que seriam suas fontes formais.

Veja-se, por todos, a lição a esse respeito de Maria Helena Diniz (2017, *passim*), para quem:

O termo “fonte do direito” é empregado metaforicamente, pois em sentido próprio fonte é a nascente de onde brota corrente de água. Justamente por ser uma expressão figurativa tem mais de um sentido.

“Fonte jurídica” seria a origem primária do direito, confundindo-se com o problema da gênese do direito. (...)

As *fontes formais* podem ser estatais e não estatais. As *estatais* subdividem-se em legislativas (leis, decretos, regulamentos etc.) e jurisprudenciais (sentenças, precedentes judiciais, súmulas etc.). (...) As *não estatais*, por sua vez, abrangem o direito consuetudinário (costume jurídico), o direito científico (doutrina) e as convenções em geral ou negócios jurídicos.

Para o constructivismo lógico-semântico, entretanto, a discussão põe-se em outros termos. Por isso Tárek Moyses Moussallem (2006, p. 107) ensina:

A inocente redução do estudo das “fontes do direito” à lei, ao costume, à doutrina e à jurisprudência tolhe a visão maior do fenômeno da produção normativa e da aplicação do direito, a ponto de tornar supérflua a própria gênese normativa, mascarando-se por “fundamentos óbvios” os critérios para que um fato extrajurídico ingresse, por meio do antecedente de uma norma concreta sintaticamente válida, no ordenamento jurídico.

Nos lindes da Dogmática Jurídica, considerar como fontes do direito positivo a lei e a jurisprudência, por exemplo, equivale a confundir o produto com o processo de sua produção, o enunciado com o ato de enunciação.⁶

No mesmo sentido a clara e correta lição de CARVALHO (2022, p. 49), que parece chocar-se com grande parte da doutrina tradicional do país:

Por *fontes do direito* havemos de compreender os focos ejetores de regras jurídicas, isto é, os órgãos habilitados pelo sistema para produzirem norma, numa organização escalonada, bem como a própria atividade desenvolvida por esses entes, tendo em vista a criação de normas. Significa dizer, por outros torneios, que não basta a existência do órgão, devidamente constituído, tornando-se necessária sua atividade segundo as regras aqui previstas no ordenamento. E órgão credenciado para legislar, entrando em movimentação, dá ensejo ao acontecimento de um fato. Eis a fonte de que promana o direito.

Como se vê, da maior importância para a compreensão do produto legislado o estudo dos trabalhos dos órgãos legislativos, desde a apresentação das Propostas de Emenda Constitucional nº 45/2019, na Câmara dos Deputados, e nº 110/2019, no Senado, bem como seus destaques, substitutivos, pareceres, requerimentos, atas e tudo o mais que foi produzido no processo de feitura da lei. Como se diz em doutrina, a enunciação deixa marcas no enunciado.

6 Sobre a enunciação como atividade criadora do direito, vide MOUSSALLEM (2006, p. 133 e segs.).

A respeito do aspecto formal de tramitação da PEC 45, que deu origem à EC 132/2023, MARTINS (2024, p. 5), dá-nos notícia de a Proposta de Emenda “deveria ter sido objeto de aprovação na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, em uma Comissão Especial e aguardado 40 seções em Plenário até a primeira votação e mais um espaço de 5 dias entre o 1º e o 2º turno. Curiosamente, este rito processual não foi seguido.”

Acerca da regularidade do processo legislativo, entretanto, tendo em vista sua promulgação e publicação por órgão credenciado – e à falta de elementos materiais, no momento, que afastem sua validade –, consideraremos a EC 132/2023 como norma válida, dada sua relação de “pertencibilidade ao sistema” (CARVALHO, 2022, p. 78).

Do exame do parecer do Relator na Câmara dos Deputados (RIBEIRO, 2023), verificamos que, ao ser aprovada na Casa Baixa, em 07/07/2023, o Art. 9º da PEC não incluía as profissões regulamentadas entre os setores beneficiados com redução de alíquotas, mas apenas produções jornalísticas e audiovisuais nacionais, dispositivos para acessibilidade para pessoas com deficiência, produtos de higiene menstrual, além de um regime específico para hotelaria, restaurantes, parques de diversão e temáticos e aviação regional.

Apenas no parecer do Relator no Senado Federal (BRAGA, 2023), aprovado em 23/11/2023 observa-se que foram acolhidas diversas emendas dos parlamentares para incluir as “sociedades de profissão regulamentada no regime específico.”

Menos de um mês depois dessa sessão no Senado, a Emenda Constitucional nº 132/2023 seria promulgada pelo Congresso Nacional, foco ejeter (e fonte) das normas ora estudadas.

4.2 O critério material possível do IBS e da CBS para as profissões regulamentadas

De acordo com a metodologia explicitada no item “2”, acima, adotaremos como técnica a regra-matriz de incidência tributária para atribuir sentido ao texto normativo de modo a possibilitar “acomodar os comandos prescritos em cada enunciado normativo examinado em

meio a uma fórmula que delimita a ‘estrutura mínima e irreduzível’ da norma que cuida da instituição de tributos.” (BRITTO, 2018, págs. 27-28).

Segundo CARVALHO (2022, págs. 262-265), a norma tributária é que define a incidência fiscal. Sua concepção é fruto do labor do cientista do Direito e ela assume a forma de um juízo hipotético-condicional, com uma hipótese implicando uma consequência. O elo entre o antecedente e seu consequente não é do tipo causal (próprio das ciências da natureza), mas sim do tipo implicacional (cópula deôntica). Nunca é demais lembrar que, ao desenvolver um estudo jurídico, estamos no campo do *dever-ser*, e não do *ser*.

A fórmula da regra-matriz de incidência tributária (regra-matriz) pode ser assim resumida: $H (Cm.Ce.Ct) \rightarrow C (Cp.Cq)$, onde “H” representa a Hipótese (antecedente), e é formada pelos critérios material (Cm), espacial (Ce) e temporal (Ct), a significar que, uma vez praticada a conduta material (Cm) prevista na norma em determinadas coordenadas de espaço (Ce) e tempo (Ct) *deve-ser* a Consequência “C”, desencadeando-se um vínculo obrigacional entre os sujeitos ativo e passivo de uma relação jurídica (critério pessoal = Cp) que tem por objeto a entrega de uma quantia em pecúnia pelo devedor ao credor (Cq = critério quantitativo), apurada pela conjugação de uma base de cálculo sobre a qual é aplicada uma alíquota.

Conforme demonstrado por CARRAZZA (2025, p. 519-520), a atribuição de competência tributária pela Constituição Federal, a par de instituir o poder de tributar do ente político e dotá-lo de capacidade tributária ativa, delimita o âmbito possível de incidência da lei criadora do tributo, que não pode se afastar das diretrizes constitucionais sob pena de tal regra ser excluída do sistema por incompatibilidade vertical com a norma que lhe dá fundamento de validade – e de existência – no ordenamento.

Assim, referido autor ensina que:

A Constituição, ao discriminar as competências tributárias (...) apontou a *hipótese de incidência possível*, o *sujeito ativo possível*, o *sujeito passivo possível*, a *base de cálculo possível* e a *alíquota possível*, das várias espécies e subespécies de tributos.

Em síntese, o legislador, ao exercitar a competência tributária, deverá ser fiel à *norma-padrão de incidência* do tributo, pré-traçada na Constituição. O legislador (federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal), enquanto cria o tributo, não pode fugir destes arquétipos constitucionais. (CARRAZZA, 2025, p. 524)

Focando no objeto de nosso estudo, intuímos que o critério material possível do IBS e da CBS para profissões regulamentadas, de acordo com o texto constitucional – formado por um verbo mais seu complemento – consiste na “*prestação de serviços* de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, desde que sejam submetidas a fiscalização por conselho profissional” (Art. 9º, § 12, da EC 132).

Numa primeira aproximação, necessário apreender a significação do texto “serviço”, que tem mais de vinte acepções na linguagem comum, tais como “ação ou efeito de servir, de dar de si algo em forma de trabalho”, “exercício e desempenho de qualquer atividade”, “o próprio trabalho a ser executado ou que se executou”, “obra”, “expediente”, “mister”, “tarefa”, “ocupação”, “conjunto de peças (baixela, toalha, guardanapos) para a mesa”, “vaso sanitário”, “trabalho do garçom” e até “feitiçaria efetuada sob encomenda”⁷!

Como se está no campo da tributação, a indicação é que o constituinte derivado optou pela primeira acepção: “ação ou efeito de servir, de dar de si algo em forma de trabalho”. Isto porque o critério material nos permite selecionar da rica realidade social o elemento que seja relevante para a norma de incidência tributária. É necessário que o elemento escolhido tenha relevância econômica e represente um signo presuntivo de riqueza.

Aprofundando o exame da expressão “serviço”, para fins tributários devem-se excluir aqueles serviços sem conteúdo econômico, prestados caritativamente ou para si próprio. Na lição de BAPTISTA (2005, p. 255), “o ISS somente pode incidir se houver realização de serviço para terceiro. Exige-se uma relação envolvendo, pelo menos, duas pessoas: o realizador e o tomador do serviço.”

7 Dicionário Houaiss. Disponível em: <<https://houaiss.uol.com.br/houaission/apps/uolwww/vopen/html/inicio.php/401/servi%C3%A7o>>. Acesso em: 7 mar. 2025.

Noutro giro, pode causar estranheza que a norma do Art. 9º, § 12 da EC 132, ao dispor sobre o regime especial do IBS e da CBS traga como critério material uma *prestação* de serviços, quando a regra introdutora da competência tributária mencionou, simplesmente, que o IBS “incidirá sobre *operações* com bens materiais ou imateriais, inclusive direitos, ou com serviços” (Art. 156-A, § 1º, inc. I), e que a CBS observará “as mesmas regras em relação a (...) fatos geradores, bases de cálculo, hipóteses de não incidência e sujeitos passivos” (CF, Art. 149-B, inc. I). Teria a novel redação constitucional suprimido a necessidade de uma “prestação”, culminando por autorizar a incidência do IBS e da CBS diretamente sobre quaisquer bens materiais, imateriais, direitos ou serviços?

Entendemos que não. Como o direito regula a vida do homem em sociedade, cremos não ser possível a incidência de tributo diretamente sobre “bens”, “coisas” ou “serviços”, senão quando esses institutos se inserem numa relação entre sujeitos. Destinando-se o IBS e a CBS a tributar o consumo de bens, direitos ou serviços, é imprescindível que esse ato de consumir esteja encadeado numa *operação* ou *prestação*, situações que, segundo o histórico do direito constitucional tributário brasileiro, sempre representaram a celebração de contratos (de compra e venda, permuta, consignação, prestação de serviços, dentre outros).

Como exposto por BAPTISTA (2005, p. 269-270)

Devendo o prestador agir em benefício de terceiro, mediante remuneração, tem-se que o ISS incide no ambiente de uma relação jurídica onerosa, ou seja, que envolve duas ou mais pessoas em lados opostos, em torno de uma prestação de cunho patrimonial. (...)

Chega-se, então, por dedução, à conclusão de que a incidência do ISS requer a existência de uma relação jurídica contratual (...)

O prestador realiza o serviço porque se obrigou a tanto, contratualmente, perante o tomador. A prestação, para aquele, caracteriza um dever jurídico contratual.

Definido que o IBS e a CBS incidem sobre a *prestação de serviços*, e tendo em vista exclusivamente o texto constitucional, observa-se

que não é qualquer atividade que se enquadra no tratamento mais benéfico do IBS e da CBS, chamado “regime diferenciado”, o qual acarreta uma redução de 30% nas alíquotas do imposto.

O texto do constituinte derivado estabeleceu como condição para o sujeito passivo usufruir desse regime diferenciado que a lei complementar estabeleça “as *operações beneficiadas* com redução de 30% (trinta por cento) das alíquotas dos tributos (...) relativas à *prestação de serviços de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística*, desde que sejam submetidas a *fiscalização por conselho profissional*” (Art. 9º, § 12, da EC 132/2023).

A voz passiva no plural “desde que sejam submetidas a fiscalização” trouxe ambiguidade ao fraseado, pois o único sujeito possível no plural desse período consta da expressão “as operações beneficiadas”, sendo inadmissível pretender-se que as operações de serviços em si sejam fiscalizadas, quando se sabe que a fiscalização recai sobre o profissional, tanto que para a atuação dos Conselhos (CRO, CREA, OAB, etc) – autarquias da União sob regime especial – “o critério legal de obrigatoriedade de registro nos conselhos de fiscalização profissional é determinado pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados, nos termos do Art. 1º da Lei nº 6.839 /80”.⁸

Essa concordância verbal “sejam submetidas” ficou ambígua e distante do respectivo sujeito, o que pode levar a dificuldades interpretativas.

Como o requisito para a fruição do benefício é o exercício de profissão regulamentada submetida a fiscalização, entendemos que a melhor redação seria utilizar-se da expressão no singular, embora a atividade profissional indicada no referido dispositivo possa ter várias naturezas (intelectual, científica, literária ou artística).

Desse modo, passaremos a nos referir ao critério material do IBS e da CBS para a hipótese ora analisada como a *prestação de serviços de profissão que seja submetida* a fiscalização por conselho profissional.

8 TRF-4, 3ª Turma, Apelação Cível nº 5008636-25.2019.4.04.7122/RS, Rel. Des. Rogério Favreto, j. 14/12/2021.

Cabe analisar o efeito restritivo dos adjetivos intelectual, de natureza científica, literária ou artística atribuído à profissão regulamentada. Estaria havendo aqui algum privilégio atribuído a determinado ramo de atividade ou discriminação a profissões braçais, que não tivessem caráter intelectual, científico, literário ou artístico?

Segundo o glossário CADIP, 2022:

O que distingue (...) o serviço da obra é a predominância da atividade sobre o material empregado. A atividade operativa é que define e diversifica o serviço, abrangendo desde o trabalho braçal do operário até o labor intelectual do artista ou a técnica do profissional mais especializado.

Num esforço de intertextualidade, verificaremos que o grau de técnica ou labor intelectual empreendido em determinada atividade é determinante para classificá-la como serviço, em que o “fazer” assume predominância em detrimento dos materiais utilizados ou agregados ao trabalho, independentemente do eventual valor econômico atingido por esses materiais na prestação do serviço.

A título de exemplo, veja-se que o Art. 6º, inc. XVIII, da Lei nº 14.133/2021 (nova lei de licitações e contratos administrativos), define como serviços técnicos especializados “de natureza predominantemente intelectual” aqueles realizados em trabalhos relativos a estudos técnicos, planejamentos, projetos, pareceres, perícias e avaliações em geral, assessorias e consultorias técnicas e auditorias financeiras e tributárias, patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, dentre outros.

Para esses serviços de natureza predominantemente intelectual, inclusive, o critério de julgamento da melhor proposta em licitações levará em conta exclusivamente o aspecto da melhor técnica ou, quando muito o de “técnica e preço, na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica” em detrimento do preço (Lei nº 14.133/21, Art. 37, § 2º, I e II).

Essas referências no direito positivo à prestação de serviços de profissão intelectual vêm do Art. 966 e seu parágrafo único do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que considera como empresário quem

exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produção de serviços, estatuinto também que “não se considera empresário quem exerce *profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística*, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

Vê-se, aqui, a inspiração do constituinte derivado, que mergulhou nas águas do Código Civil de 2002 e acabou pescando o texto do anteprojeto da “Comissão Reale”, criada pelo governo federal em 1969. Em palestra proferida em 1972 sobre o Anteprojeto do Código Civil, o ilustre jurista já fazia a distinção encampada no texto de lei e que ora se enfeixa em nossa Constituição, dizendo desde aquela época que a lei civil deveria reservar o termo “sociedade empresária” para aquelas sociedades de fins econômicos, em contraposição à expressão “sociedade civil” (na redação final do CC/02, “sociedade simples”).

Afirmava o mestre Miguel Reale que aquelas sociedades destinadas “ao exercício das profissões liberais, não são necessariamente ‘empresárias’, no sentido específico desta palavra”, devendo ficar à parte do “tratamento empresarial” tanto quanto as “atividades rurais, agrícolas ou pecuárias” (REALE, 1972, p. 14).

Essa preocupação doutrinária vem do direito italiano, no qual se reserva disciplina específica para algumas atividades de menor expressão econômica, tais as dos profissionais liberais ou dos pequenos comerciantes. “O acento da diferenciação deixa de ser posto no gênero da atividade e passa para a medida de sua importância econômica” (COELHO, 2003).

Posteriormente, a locução “sociedade civil” acabou cedendo lugar à expressão “sociedade simples”, entretanto o critério legal de distinção entre “não-empresário” e empresário culminou por ser o exercício ou não de “profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística”, expressão que não escapou da crítica acurada de Fábio Ulhoa Coelho (2003):

Em termos gerais, as sociedades empresárias são as que se enquadram no Art. 966 do Código Civil, isto é, exploram atividades organizadas para a produção ou circulação de bens ou serviços, e as simples são as configuradas pelo parágrafo único desse

dispositivo, vale dizer, dedicam-se à exploração de atividade típica de uma profissão liberal (mal referida pela noção de “atividade intelectual”). Por exemplo, uma sociedade cujo objeto é a comercialização de hortifrutigranjeiros, explorada de forma organizada, é empresária, enquanto a constituída por médicos, arquitetos ou engenheiros é simples. É o que decorre do Art. 982 do Código Civil.

Assim, temos que a norma tributária se valeu de conceito do direito privado pré-existente a ela, pelo que seu conteúdo será preenchido pelo influxo dos textos da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) acerca do que sejam *serviços de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística*, conforme regra interpretativa inserta no Art. 110 do CTN.

Dos conceitos legais de empresário e estabelecimento infere-se que a “empresa é atividade organizada no sentido de que nela se encontram articulados pelo empresário (que a organiza) os quatro fatores de produção: capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia” (COELHO, 2003).

Para Fábio Ulhoa Coêlho:

Quis o legislador deixar bem claro [*por exclusão*], no Art. 966, parágrafo único, do CC/2002, que os profissionais intelectuais não são empresários mesmo que organizassem o trabalho de empregados, porque seria apenas neste caso que a possibilidade de confusão existiria. O profissional intelectual que não conta com o concurso de auxiliares ou colaboradores nunca poderia ser considerado empresário porque não se enquadraria no conceito legal estabelecido pelo *caput* do mesmo dispositivo. Uma vez mais, confirma-se que a lei não quer atribuir a qualidade jurídica de empresário a quem não articula os fatores de produção.

Os profissionais intelectuais exploram, portanto, atividades econômicas não sujeitas ao direito comercial. Entre eles se encontram os profissionais liberais (advogado, médico, dentista, arquiteto etc.), cujo serviço é intrinsecamente ligado à própria pessoa do prestador e independe da estrutura organizada para dar-lhe suporte. (COELHO, 2003, colchetes nossos)

Assim, podemos nos aproximar mais ainda do critério material da norma-matriz do IBS e da CBS para descrever que esses novos tributos incidirão sobre a *prestação de serviços de profissionais liberais* submetidos a *fiscalização por conselho profissional*.

Há, aqui, clara restrição no critério material da hipótese de incidência possível, com reflexo imediato no critério pessoal possível da regra-matriz, devendo-se avaliar se tal limitação à fruição do benefício fiscal – mesmo que introduzida no sistema à parte do corpo principal da Constituição ou do ADCT – guarda compatibilidade vertical com princípios magnos do sistema, mormente com a isonomia tributária.

É esse exame que tentaremos empreender no próximo tópico.

4.3 Coerência do regime diferenciado do IBS e da CBS para profissionais liberais com o princípio da isonomia

Demonstramos acima que a competência delimitada pela EC 132/2023 para a tributação das profissões regulamentadas apontou à lei complementar como critério material possível do IBS e da CBS a *prestação de serviços de profissionais liberais* submetidos a *fiscalização por conselho de profissão regulamentada*.

Importante, agora, fazer rápido exame da possibilidade de a lei complementar instituidora do IBS e da CBS ampliar ou limitar qual ou quais profissões estarão incluída no regime diferenciado do Art. 9º, § 12, da EC 132.

Um dos princípios norteadores da República é o da igualdade. Para CARRAZZA (2025, p. 80), “o princípio republicano leva à igualdade na tributação. Os dois princípios interligam-se e completam-se. De fato, o princípio republicano exige que os contribuintes (pessoas físicas ou jurídicas) recebam tratamento isonômico.”

E continua referido autor (2025, p. 80): “Seria inconstitucional – por burla ao princípio republicano e ao da isonomia – a lei tributária que selecione pessoas, para submetê-las a regras peculiares, que não alcançam outras, ocupantes de idênticas posições jurídicas.”

Por aí já se vê que o legislador complementar do IBS e da CBS tem pouquíssima margem de liberdade para selecionar as profissões ou

atividades aptas a usufruírem o benefício da alíquota reduzida em 30% (trinta por cento).

A norma do Art. 9º, § 12, da EC 132, de caráter estrutural, traçou as principais características da materialidade possível da regra-matriz do regime diferenciado do IBS e da CBS para profissionais liberais, estabelecendo que a ela estão sujeitos os que prestarem serviços de forma onerosa e estejam submetidos a *fiscalização por conselho de profissão regulamentada*.

Desde o Brasil Império é prática corrente no direito nacional a regulamentação das mais variadas profissões e atividades via criação de autarquia ou serviço público vinculados à autoridade federal de fiscalização do trabalho, com o que se atenderam aos reclamos por reconhecimento profissional, pisos de salários nacionais e controle ético do exercício dessas profissões. Veja-se, a propósito, a Lei Federal nº 3.268/1957, que criou os Conselhos Regionais de Medicina, e a Lei nº 8.906/1994, que disciplina a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

O constituinte derivado da EC 132 possibilitou a instituição de “regimes específicos, diferenciados ou de tributação” para o IBS e a CBS (Art. 149-B, inc. III). Tomou cuidado, ao detalhar essas regras nos diversos §§ do Art. 9º, de enumerar expressamente os setores econômicos, atividades ou produtos beneficiados com imunidades ou redução de alíquotas em 100% ou 60%. Assim é que constam, por exemplo, a redução em 60% das alíquotas do IBS e da CBS para os serviços de educação, de saúde ou alimentos destinados ao consumo humano (Art. 9º, § 1º); ou a alíquota zero (redução em 100%) para produtos hortícolas, frutas e ovos ou sobre veículos de passageiros utilizados por pessoa portadora de deficiência (Art. 9º, § 3º).

Parte da doutrina critica tamanho detalhamento numa regra constitucional, acoimando a redação de engessadora de futuras alterações. É o que diz ADAMY (2024):

A Emenda Constitucional nº 132/2023, ao estabelecer uma lista taxativa de bens, serviços, atividades e setores que podem ser beneficiados com alíquotas reduzidas, adota expressamente a fórmula interpretativa consagrada na expressão *enumeratio, ergo limitatio*. Essa abordagem implica que a enumeração de

determinados itens deve ser compreendida como exaustiva, excluindo a possibilidade de concessão de benefícios fiscais ou tributários para atividades ou setores não mencionados.

Nesse contexto, a lista funciona como uma delimitação explícita, impedindo a ampliação do alcance dos benefícios a situações não previstas, mesmo que estas possam apresentar características semelhantes às expressamente enumeradas.

A vedação de extensão a outras atividades ou setores decorre da própria lógica de uma enumeração exaustiva, que, ao ser interpretada, não admite analogias ou generalizações para além dos casos descritos. Ainda, a vedação de extensão a outras atividades ou setores, além daqueles listados na EC nº 132/2023, sublinha o compromisso com a rigidez normativa do sistema tributário pós-reforma.

Qualquer tentativa de ampliar os benefícios fiscais por meio de interpretação extensiva ou criativa configuraria uma violação do texto constitucional, por violação ao Art. 156-A, inciso X. Com efeito, as exceções devem ser interpretadas de maneira *estrita*, isto é, sem extensão para além dos casos expressamente previstos, pois “se o legislador prevê uma regra geral e enumera certas exceções, estas últimas devem ser consideradas como exaustivas e, por isso, interpretadas de maneira estrita”. (...)

Todos os demais setores, atividades, bens e serviços, por mais essenciais que o sejam, estão fora de qualquer consideração de tratamento mais benéfico.

O relatório do Congresso Nacional que aprovou a Reforma Tributária brasileira enunciou os novos princípios da simplicidade, transparência e justiça tributária, bem como o objetivo de atenuação dos efeitos regressivos de alterações na legislação tributária (CF, Art. 145, §§ 3º e 4º), porém *o texto legislado ressuscita as vetustas listas de produtos e serviços*, que tanta complexidade e contendas trouxeram ao longo de décadas na tributação do IPI (*vide* Tabela de incidência do IPI, aprovada pelo Decreto Presidencial nº 11.158/2022), e do ISS (objeto de comentários nos itens “3.1” a “3.3”, acima).

A inclusão ou exclusão de bens ou serviços em regimes mais benéficos deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais tributários da isonomia (CF, Art.150, II) e da capacidade contributiva (CF, Art.

145, § 1º), pena de a norma violadora ser excluída do sistema, por incompatibilidade vertical com a norma de maior hierarquia de que extrai seu fundamento.

Na hipótese do regime diferenciado do IBS e da CBS para a prestação de serviços de profissões regulamentadas de que ora tratamos, a EC 132/2023, ao contrário de diversos outros dispositivos do Art. 9º aqui já tanto mencionado, houve por bem adotar uma *cláusula aberta*, atribuindo à lei complementar competência legiferante para estabelecer “as operações beneficiadas com redução de 30% (trinta por cento) das alíquotas dos tributos de que trata o *caput*” (Art. 9º, § 12).

Dado que somente serviços regulamentados de natureza intelectual, científica, literária ou artística gozarão de tal benefício, pouca ou nenhuma margem deixou a Constituição para a atuação do legislador complementar que, ao invés de trabalhar com o conceito dessas profissões, preferiu retornar à problemática técnica de listar os serviços que serão beneficiados. É o que se verá no Capítulo seguinte deste artigo.

5. O IBS E A CBS SOBRE SERVIÇOS INTELECTUAIS NA LC 214/25

5.1 O critério material da regra-matriz do IBS e da CBS para profissões regulamentadas

O Imposto sobre Bens e Serviços – IBS e a Contribuição sobre Bens e Serviços – CBS incidentes sobre a prestação de serviços de profissões regulamentadas foram criados pela Lei Complementar 214/2025, que instituiu esses tributos.⁹ De acordo com a norma jurídica extraída desses textos, a prestação de serviços por profissionais liberais está sujeita ao IBS e à CBS, porém com uma redução de alíquota.

O artigo 127 da Lei Complementar 214/2025 estabelece que as alíquotas do IBS e da CBS incidentes sobre a prestação de serviços por profissionais que exerçam atividades intelectuais de natureza científica,

9 Na teoria da incidência tributária, sabe-se que a Constituição não cria tributo (missão afeta à lei), apenas distribui competências rígidas e indelegáveis entre os entes políticos detentores do poder impositivo.

literária ou artística, submetidas à fiscalização por conselho profissional, serão reduzidas em 30% (trinta por cento).

As atividades contempladas são as seguintes, num total de 21 profissões: administradores; advogados; arquitetos e urbanistas; assistentes sociais; bibliotecários; biólogos; contabilistas; economistas; economistas domésticos; profissionais de educação física; engenheiros e agrônomos; estatísticos; médicos veterinários e zootecnistas; museólogos; químicos; profissionais de relações públicas; técnicos industriais; e técnicos agrícolas.

O § 1º desse Art. 127 traz algumas exigências para aplicação da redução de alíquota, destacando-se que, na prestação de serviços por pessoa física, tais serviços prestados estejam vinculados à habilitação profissional do prestador. Para pessoas jurídicas, que os sócios tenham habilitação profissional diretamente relacionada aos objetivos da sociedade e submetidos à fiscalização de conselho profissional, bem como os sócios prestem diretamente os serviços relacionados à atividade-fim, podendo contar com auxiliares ou colaboradores.

Além disso, o Art. 128 prevê um regime ainda mais favorecido, com redução de 60% (sessenta por cento) das alíquotas do IBS e da CBS, aplicável a serviços de educação e de saúde, entre outros setores específicos.

A partir da análise do texto do artigo 127 da LC 214/2025 e considerando a existência de diversas profissões regulamentadas no Brasil, efetuamos um mapeamento e identificamos uma série de atividades profissionais que, regulamentadas por lei federal, são fiscalizadas por Conselhos e, entretanto, ficaram de fora da lista enunciada no referido dispositivo tributário.

Dentre tais profissionais destacam-se os corretores de imóveis (Lei nº 6.530/1978 – CRECI), corretores de seguros (disciplinados pelo Decreto-Lei nº 73/1966 e fiscalizados pelo Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP), geógrafos (Lei nº 6.664/1979) e meteorologistas (regulamentados pela Lei nº 6.835/1980), ambos vinculados ao CREA, bioquímicos (regulados pela Lei nº 3.820/1960 e com disciplina ética aplicada pelos Conselhos Regionais de Farmácia), protéticos (regulados

pela Lei nº 6.710/1979 e vinculados ao Conselho Regional de Odontologia), e terapeutas ocupacionais (regulados pela Lei nº 6.316/1975 e submetidos ao CREFITO).

A *intertextualidade* das leis instituidoras desses Conselhos Profissionais – com natureza autárquica dentro da estrutura do Poder Executivo Federal – e sua atividade fiscalizatória do desempenho técnico e ético dos profissionais a eles vinculados, dialoga perfeitamente com o arquétipo do critério material estipulado pela Constituição Federal para o enquadramento dessas profissões nos benefícios da alíquota reduzida do IBS e da CBS.

Na pesquisa acima, identificamos 8 (oito) atividades que, organizadas sob a forma de *profissão intelectual*, de *natureza científica*, e submetidas à fiscalização por conselhos profissionais (EC 132, Art. 9º, § 12), deveriam – sem sombra de dúvida – ter sido incluídas no regime tributário diferenciado do IBS e da CBS, que reduzirá em 30% a alíquota desse imposto para as atividades expressamente indicadas na lei.

E nem se invoque o argumento elitista de que algumas dessas atividades não são “intelectuais” por não exigirem nível superior em sua formação (caso dos corretores de imóveis e tecnólogos, por exemplo). A existência de um Conselho Profissional na área denota a complexidade dessa atividade e a necessidade de fiscalização para apurar responsabilidade pessoal dos profissionais por eventuais vícios na prestação do serviço. São disseminadas notícias de falha documental em operações imobiliárias e denúncias de abusos físicos praticados por técnicos em radiologia ou terapeutas ocupacionais, o que comprova a importância dessas profissões no meio social, impondo rigor e excelência na prestação de tais serviços.

Os únicos requisitos exigidos pela Lei Maior para ser usufruído o benefício de redução da alíquota é que a atividade profissional seja intelectual de natureza científica, literária ou artística, e esteja submetida à fiscalização por conselho profissional.

Conforme explanado no item “4.2”, acima, essa regra competencial da Constituição valeu-se do conceito de direito privado para “profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística” (Código Civil, Art. 966, parágrafo único), e não pode ter sua definição, conteúdo

e alcance de seus institutos, conceitos e formas alterados pela lei tributária, que do contrário estaria suprimindo o campo de incidência da norma outorgada pela própria Constituição. Essa regra hermenêutica de caráter didático consta dos arts. 109 e 110 do CTN – Código Tributário Nacional, recepcionado pela Constituição com *status* de lei complementar nacional e que percute no sistema tributário das três esferas de poder no país.

Em escólio a tudo aplicável ao presente estudo, BRITTO (2024, págs. 130-132) leciona o seguinte:

É possível que o legislador tributário utilize termos já conhecidos no vocabulário jurídico para se referir a conceitos diversos nos vários subdomínios jurídicos. Entretanto, vimos que o Art. 11 da Lei Complementar 95/98 e o Art. 109 do CTN veiculam *presunções* de que as palavras da lei tributária assumam o mesmo sentido já definido em outro quadrante do direito, no “sentido comum” ou no “técnico”.

Essa presunção que ora nos referimos foi chamada “regra de incorporação *prima facie* dos conceitos preexistentes” por Andrei Pitten Veloso (...)

Ao contrário do que a literalidade dos Arts. 109 e 110 do CTN pode sugerir, a pesquisa pelos termos da definição dos conceitos tributários não se deve restringir aos textos de direito privado. Podem as definições dos conceitos incorporados à legislação tributária porvir de outros subdomínios do fenômeno jurídico, como o direito administrativo e o econômico, por exemplo.

É exatamente essa a situação identificada nesta fase do presente estudo. Ao delimitar o campo de abrangência da lei complementar do IBS e da CBS, a EC 132 apropriou-se da definição do direito privado de “profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística” (Código Civil, Art. 966, parágrafo único), o que significa que esse mesmo conceito da lei civil precisa ser respeitado no âmbito tributário na definição do critério material da regra-matriz de incidência. No dizer da norma de incidência, esses *profissionais liberais*, mesmo que constituam sociedade, cadastrando-a no CNPJ e valendo-se do auxílio de colaboradores, não são empresários, devendo receber o tratamento tributário minorado.

Por outro lado, as leis de direito administrativo que disciplinam as profissões liberais regulamentadas produzem um influxo de prescrições que devem ser incorporadas na interpretação da LC 214/2025, de modo a incluir nas situações beneficiadas pelo regime especial de redução da alíquota em 30% (trinta por cento) atividades outras das quais o legislador complementar se olvidou.

Essa extensão do regime especial do IBS e da CBS a situações similares é reflexo do cânone da isonomia tributária, e será abordada no tópico seguinte.

5.2 A lista de profissões regulamentadas do Art. 127 da LC 214/2025 é taxativa ou meramente exemplificativa? Isonomia e fator de *discrímen*

Uma peculiaridade das exceções inseridas pelo órgão ejetor das regras ora examinadas é a forma de elaboração das listas.

A título de exemplo, vejam-se adiante quadros comparativos com a disciplina a respeito da *tributação de frutas* na lei do IBS e da CBS e na TIPI (Tabela do IPI) e também, a comparação do tratamento dispensado aos *serviços de engenharia* na Lei do IBS e CBS (LC 214/2025) *versus* a Lei do ISS (LC 116/2003).

Fig. 2 - Anexo XV da LC 214/2025

ANEXO XV PRODUTOS HORTÍCOLAS, FRUTAS E OVOS SUBMETIDOS À REDUÇÃO DE 100% (CEM POR CENTO) DAS ALÍQUOTAS DO IBS E DA CBS	
ITEM	DESCRIÇÃO DO PRODUTO
1	Ovos da subposição 0407.2 da NCM/SH
3	Frutas frescas ou refrigeradas e frutas congeladas sem adição de açúcar ou de outros edulcorantes classificadas nas posições 08.03, 08.04, 08.05, 08.06, 08.07, 08.08, 08.09, 08.10 e 08.11 da NCM/SH

Fig. 3 - Tabela do IPI (Decreto nº 11.158/2022)

08.10	Outra fruta fresca.	
0810.10.00	- Morangos	NT
0810.20.00	- Framboesas, amoras, incluindo as silvestres, e amoras-framboesas	NT
0810.30.00	- Groselhas, incluindo o cassis	NT
0810.40.00	- Airelas, mirtilos e outra fruta do gênero <i>Vaccinium</i>	NT
0810.50.00	- Kiwis (quivis)	NT
0810.60.00	- Duriões (duriangos)	NT
0810.70.00	- Caquis (dióspiros)	NT
0810.90	- Outra	
0810.90.1	Carambolas (<i>Averrhoa carambola</i>), anonas e outras frutas do gênero <i>Annona</i> , jacas (<i>Artocarpus heterophyllus</i>), lichias (<i>Litchi chinensis</i>), maracujás (<i>Passiflora edulis</i>), pitaias (<i>Hylocereus</i> spp., <i>Selenicereus undatus</i>) e tamarindos (<i>Tamarindus indica</i>)	
0810.90.11	Carambolas (<i>Averrhoa carambola</i>)	NT
0810.90.12	Anonas e outras frutas do gênero <i>Annona</i>	NT
0810.90.13	Jacas (<i>Artocarpus heterophyllus</i>)	NT
0810.90.14	Lichias (<i>Litchi chinensis</i>)	NT
0810.90.15	Maracujás (<i>Passiflora edulis</i>)	NT
0810.90.16	Pitaias (<i>Hylocereus</i> spp., <i>Selenicereus undatus</i>)	NT
0810.90.17	Tamarindos (<i>Tamarindus indica</i>)	NT
0810.90.90	Outra	NT

LC 214/2025:

Art. 127. Ficam reduzidas em 30% (trinta por cento) as alíquotas do IBS e CBS e da CBS incidentes sobre a prestação de serviços pelos seguintes profissionais, que exercerem atividades intelectuais de natureza científica, literária ou artística, submetidas à fiscalização por conselho profissional:

.....
(omissis).....

XI - **engenheiros e agrônomos;**

LC 116/2003:

7 – **Serviços relativos a engenharia**, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e **congêneres**.

7.01 – **Engenharia, agronomia**, agrimensura, arquitetura, geologia, urbanismo, paisagismo e **congêneres**.

Vê-se que o legislador de antanho, num rasgo de humildade, logo após listar os critérios materiais de incidência dos impostos, utilizava fórmulas relativamente abertas para permitir aos sujeitos da relação jurídico-tributária (Fisco e contribuinte) enquadrarem sua operação em alguma das molduras fáticas pré-concebidas na lei: “*outra fruta fresca*;

morango; caqui; ...; *outra*”, no caso do IPI; ou “serviços relativos à engenharia, agronomia, ..., urbanismo, e *congêneres*, para o ISS.

Já o legislador do IBS e da CBS, com algum grau de onisciência, valeu-se dos signos “*frutas frescas* ou refrigeradas e *frutas congeladas*”, ou “*engenheiros* e agrônomos”.

Imaginem-se as dificuldades de um produtor de *frutas secas* que busque a promessa constitucional de “redução em 100% das alíquotas” do IBS e da CBS para “frutas” conforme estabelecido no Art. 9º, § 3º, II, *b*, da Lei Maior. Também a frequente referência a “congêneres” nas listas de serviços do ISS permitiu a interpretação ampliativa das Cortes Superiores no enquadramento de atividades que, no rigor da estrita legalidade tributária, estariam no campo da não-incidência.

O legislador da LC 214/2025, entretanto, aparentemente vai para o “tudo ou nada”, ampliando o campo semântico das hipóteses de incidência e limitando as situações de isenções ou reduções de alíquotas e bases de cálculo num movimento linguístico que ainda há de ser adequadamente interpretado.

A respeito do regime especial de incidência do IBS e do CBS sobre a prestação de serviços de profissões regulamentadas, provavelmente haverá um movimento para interpretá-lo de forma literal, restritiva e taxativa, seja pela jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal a respeito da taxatividade da lista de serviços do DL 406/68 e sucessivas leis complementares que disciplinaram a matéria, seja pela injurídica interpretação do Art. 111 do CTN, segundo o qual “interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre (...) outorga de isenção”.

Sem descer às minúcias desse debate sobre o referido dispositivo legal, que refugiria à proposta do presente estudo, limitar-nos-emos a expressar que o referido Art. 111 não pode ser literalmente interpretado, posto que essa é a modalidade mais chã de conhecer uma regra jurídica, e não passa de um mero primeiro contato com o texto frio legislado.

Ousamos adiantar que, por se tratar de redução da carga tributária inserta em norma constitucional, o regime diferenciado instituído tem natureza de imunidade, cabendo à lei complementar simplesmente a função de dar cumprimento a esse ditame constitucional.

Segundo CARVALHO (2022, p. 195):

Se as regras que imunizam são normas de competência, como todos consentem, seus destinatários exclusivos são aquelas pessoas jurídicas de direito público dotadas de personalidades política. Tais entes constituem o pequeno universo tomado como alvo e objetivo final das chamadas regras sobre tributação, que a Lei Superior sobejamente abriga. (...) As regras de imunidade são normas de estrutura, enquanto as de incidência são preceitos de conduta.

Como se vê, a regra de competência do Art. 9º, § 12, da EC 132 limita a 70% (redução de 30%) a alíquota do IBS e da CBS incidente sobre a prestação de serviços de profissões regulamentadas. Nenhuma margem tem a União, por seu legislador complementar, para instituir benefício com alíquota diferente, excluir atividades ou selecionar serviços outros que não aqueles especificados nessa norma de estrutura.

O princípio da igualdade proíbe o tratamento discriminatório. A igualdade deflui do próprio regime republicano e configura um direito fundamental – “*todos são iguais perante a lei*, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros (..) a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à *igualdade*” (Art. 5º, *caput*).

Em matéria de trabalho e atividade profissional, a Carta Magna ainda assegura a liberdade de “expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (Art. 5º, IX), reconhecendo como direito social do trabalhador a “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos” (Art. 7º, XXXII).

Do que se vê, não há fator de *discrímen* que justifique incluir-se no rol dos beneficiados pela redução de 30% nas alíquotas as 21 atividades selecionadas¹⁰ e excluir as 7 profissões regulamentadas¹¹ que identificamos no item “5.1”, acima.

10 Administradores; advogados; arquitetos e urbanistas; assistentes sociais; bibliotecários; biólogos; contabilistas; economistas; economistas domésticos; profissionais de educação física; engenheiros e agrônomos; estatísticos; médicos veterinários e zootecnistas; museólogos; químicos; profissionais de relações públicas; técnicos industriais; e técnicos agrícolas.

11 Corretores de imóveis, corretores de seguros, geógrafos e meteorologistas, bioquímicos, protéticos, terapeutas ocupacionais.

Todos se caracterizam pelo labor intelectual, de natureza científica e mediante fiscalização do respectivo Conselho de Profissão Regulamentada. São profissionais liberais, não empresários, na dicção do Art. 966, parágrafo único, do conceito de direito civil albergado na norma de competência constitucional.

A ausência dessas categorias do rol de beneficiários da redução de alíquota do IBS e da CBS pode gerar questionamentos e reivindicações por parte dos respectivos Conselhos Profissionais e entidades representativas, ainda mais quando a Reforma Tributária teve por objetivos declarados a simplificação do sistema e a neutralidade da tributação sobre atividades produtivas.

Além disso, profissões da área da saúde que possuem forte impacto social, como bioquímicos e terapeutas ocupacionais, poderiam ter sido incluídas no regime mais favorável previsto para atividades de saúde no Art. 128 da LC 214/2025, que concede redução de 60% da alíquota.

Os corretores de imóveis foram incluídos junto com as instituições financeiras (como se se tratassem de grandes DTVM's – Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários). Os odontólogos foram incluídos nas alíquotas diferenciadas para a área de saúde mas os protéticos ficaram de fora. Isso sem falar no engessamento que a lista acarreta ao sistema, com prejuízo a outras profissões novas, que surgem a todo o momento com o avanço social e tecnológico.

Situação semelhante e não muito alvissareira já foi enfrentada no direito brasileiro, de que nos dá notícia Humberto Ávila, lembrando que a regulamentação inicial do Simples pela Lei 9.317/1996 – instituindo um sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições para microempresas e empresas de pequeno porte – teve sua validade questionada perante o Supremo Tribunal Federal porque o legislador excluiu desse mecanismo determinadas categorias profissionais, como advogados, contadores e médicos, independentemente de eles se enquadrarem no limite de faturamento previsto para todas as outras categorias profissionais.

Nesse julgamento o STF entendeu não haver violação ao princípio da igualdade, pois “não haveria qualquer arbitrariedade na exclusão de determinadas profissões do benefício.” (ÁVILA, 2008, p. 37).

Nesse precedente a respeito da primeira versão do Simples (ADI 1.643-DF), “o STF entendeu que a *finalidade imediata da lei* era favorecer o desenvolvimento do pequeno empreendedor, e que o porte pequeno seria uma propriedade cuja existência revelaria a necessidade de estímulo estatal” (*ibidem*).

Na primeira lei do Simples, foram excluídas do benefício determinadas categorias de profissionais liberais, como advogados, contadores e médicos. Na presente situação, entretanto, cremos que há espaço para decisão diferente – ou correção via alteração legislativa – posto que inexistente fator de *discrímen* que justifique o tratamento diferenciado entre profissões liberais que, na essência, têm a mesma natureza e são prestadas de forma pessoal, sem elemento organizacional de empresa.

Geraldo Ataliba, explicita o conteúdo jurídico da isonomia, dizendo que a lei,

(...) sendo igualitária (isonômica), não pode discriminar arbitrariamente, mas suas discriminações têm que observar o requisito constitucional de correlação lógica concreta entre o fator de *discrímen* e a diferenciação consequente. (...)

Daí a íntima e indissociável relação entre legalidade e isonomia. Esta se assegura por meio daquela. A lei é instrumento de isonomia. (..)

Não teria sentido que os cidadãos se reunissem em *república*, erigissem um Estado, outorgassem a si mesmos uma Constituição, em termos republicanos, para consagrar instituições que tolerassem ou permitissem (...) a violação da igualdade fundamental que foi o próprio postulado básico, condicional da ereção do regime. (...) De nada valeria a legalidade se não fosse marcada pela igualdade. (ATALIBA, 2007, p. 159-160)

Ainda na lição de Geraldo Ataliba (2007, p. 161), a igualdade diante dos impostos é obtida assegurando-se o respeito à capacidade contributiva.

CONCLUSÃO

A legislação tributária reformulada com a instituição do IBS e da CBS assegura um tratamento tributário favorecido às profissões liberais regulamentadas, concedendo uma redução de 30% na alíquota dos novos tributos. Esse benefício busca minimizar os impactos da reforma sobre a carga tributária desses profissionais, mantendo um grau de diferenciação fiscal compatível com a relevância desses serviços e menor capacidade contributiva.

Constatou-se que algumas profissões regulamentadas não foram contempladas expressamente pelo Art. 127 da Lei Complementar 214/2025, que estabelece a redução de 30% da alíquota do IBS e da CBS para atividades intelectuais de natureza científica, literária ou artística submetidas à fiscalização de conselho profissional.

Não há fator de *discrímen* que justifique, por exemplo, incluir odontólogos no regime diferenciado e não o fazer em relação aos protéticos; beneficiar o farmacêutico mas não o bioquímico; conferir tratamento fiscal favorecido ao enfermeiro mas não ao terapeuta ocupacional. Todas essas profissões liberais, exercidas em caráter pessoal, sem cunho empresarial, merecem a proteção da lei neste momento agudo de drástica transição para um novo sistema tributário no Brasil.

Assim, entendemos que ao excluir do regime diferenciado e favorecido do IBS e da CBS os corretores de imóveis, corretores de seguros, geógrafos e meteorologistas, bioquímicos, protéticos e os terapeutas ocupacionais, a LC 214/2025 violou o primado da isonomia, que perpassa todo o texto constitucional com forte carga axiológica e normativa, desde o seu preâmbulo, proclamando a instituição de “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, até a Seção que trata das limitações ao poder de tributar, da qual se infere ser expressamente vedado à União “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente

da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos” (CF, Art. 150, inc. II).

Podem tais categorias profissionais, portanto, invocando o princípio da isonomia tributária, pedir equiparação de regime com as profissões incluídas nos benefícios do Art. 127 da Lei Complementar do IBS e da CBS ou, dependendo da situação concreta, até com as atividades do rol do Art. 128 da referida lei (com redução de alíquota mais vantajosa ainda). Para tanto, podem alegar que as listas de serviços da LC 214/2025 são meramente exemplificativas, podendo ser adicionados, via judicial, novos itens para atender aos valores constitucionais de isonomia tributária e da capacidade contributiva bem como restaurar o primado da norma de competência estruturante desse tratamento fiscal diferenciado representado pela EC 132/2023.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AASP. *Pesquisa pelos termos “iss E lista E taxatividade” no site da AASP – Associação dos Advogados de São Paulo*. Disponível em <<https://jurisprudencia-aasp.juit.io/resultados>>. Acesso em: 7 mar. 2025.

ADAMY, Pedro. *Extrafiscalidade na Reforma Tributária: Essencialidade Rígida e o Fim da Função Promocional do Direito Tributário*. Revista Direito Tributário Atual, v. 58, . 410-431. São Paulo: IBDT, 2024.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAPTISTA, Marcelo Caron. *ISS: do texto à norma*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BARRETO, Aires Fernandino. *ISS na Constituição e na lei*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005.

BRAGA, Eduardo. *Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2019, e sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 110, de 2019*.

Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9489617&ts=1711401466202&rendition_principal=S&disposition=inline>. Acesso em: 7 mar. 2025.

BRITTO, Lucas Galvão de. *Tributar na era da técnica*. São Paulo: Noeses, 2018. 196 págs.

CADIP. *Linguagem jurídica: vernáculo e glossário*. São Paulo: CADIP – Centro de Apoio ao Direito Público, 2022.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2025.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 32ª ed. São Paulo: Noeses, 2022.

_____. *Direito tributário: linguagem e método*. 8ª ed. São Paulo: Noeses, 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O novo Código Civil e o direito de empresa – registro das sociedades*

simples. Revista de Direito Imobiliário, v. 55, p. 174-200, jul./dez. 2003.

COSTA, Alcides Jorge. *Algumas notas sobre o imposto sobre serviços*. Revista Direito Tributário Atual, [S. l.], n. 29, p. 30–35, 2013. Disponível em: <<https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1766>>. Acesso em: 6 mar. 2025.

DINIZ, Maria Helena. *Fontes do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/157/edicao-1/fontes-do-direito>>. Acesso em: 7 mar. 2025.

MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.*. Reforma tributária do consumo no Brasil. In: *A reforma do sistema tributário nacional sob a perspectiva do construtivismo lógico-semântico*. VERGUEIRO, Camila Campos & BRITTO, Lucas Galvão (Org.), 3-12. São Paulo: Noeses, 2024.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006.

REALE, Miguel. *Anteprojeto do Código Civil*. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 9, n. 35, p. 3-24, jul./set. 1972.

RIBEIRO, Aguinaldo. *Parecer reformulado de Plenário à Proposta de Emenda à Constituição nº 45-A, de 2019*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoes Web/prop_mostrarintegra?codteor=2297856&filename=PPR%201%20CEURG%20=%3E%20PEC%2045/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoes/Web/prop_mostrarintegra?codteor=2297856&filename=PPR%201%20CEURG%20=%3E%20PEC%2045/2019)>. Acesso em: 7 mar. 2025.



CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E A TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA ADI 2.946/DF

PUBLIC SERVICE CONCESSION AND OWNERSHIP TRANSFER: A CRITICAL ANALYSIS OF ADI 2.946/DF

Pedro Dias de Oliveira Netto¹

Caio Salim Soares Chady²

RESUMO: O artigo destina-se à análise crítica da constitucionalidade de norma contida no Art. 27 da Lei nº 8.987/95, que estabelece a possibilidade de transferência de concessão ou do controle societário do concessionário, desde que preenchidos os parâmetros previstos. Objetivava-se discutir acerca da problemática jurisprudencial e doutrinária que permeia a questão, em especial, da (des)necessidade do procedimento licitatório nesta situação. A pesquisa tem como ponto central o julgamento da ADI 2.946/DF, apresentando as principais teses desenvolvidas pelos votos majoritário e minoritário. Conclui-se que há vício de inconstitucionalidade do Art. 27 da Lei nº 8.987/95, diante do cenário de mitigação do dever constitucional de licitar.

PALAVRAS-CHAVE: Concessão de serviço público; transferência de titularidade; licitação.

ABSTRACT: This paper is intended to analyze a critical examination of the constitutionality of article 27 of Law Nº 8.987/95, which stipulates the possibility of transferring the concession or the corporate control of the concessionaire, provided that the established criteria are fulfilled. It aims to discuss the jurisprudential and doctrinal perspectives

1 Procurador da Fazenda Nacional. Doutor em Direito pela UFPE.

2 Procurador da Fazenda Nacional. Doutorando em Direito pelo IDP.

that permeate the issue, particularly the (un)necessity of the bidding process in this scenario. The core of the research is the judgment of ADI 2.946/DF, presenting the principal theses developed in the majority and minority opinions. The conclusion is that there is an unconstitutional defect in Article 27 of Law N° 8.987/95, as it mitigates the constitutional duty to bid.

KEYWORDS: Public service concession; transfer of ownership; public bidding.

INTRODUÇÃO

Em sua concepção clássica, o serviço público detém o seu embasamento teórico por meio da combinação de uma dupla dimensão: ideológica e jurídica. O serviço público é concebido como o princípio que comanda a legitimidade do Estado e, também, como o elo de ligação ao regime jurídico de direito público.

A princípio, o serviço público ganha destaque mediante os ensinamentos de Gaston Jèze que o define como critério de direito administrativo, antes de tornar-se, com Leon Duguit, o sustentáculo de uma nova teoria de Estado, ou seja, o amálgama entre essas duas concepções constitui o surgimento da doutrina tradicional do serviço público. (Chevallier, 2017, p. 31)

Eduardo García de Enterría (1963, p. 108) destaca que o desenvolvimento das características do contrato de serviços públicos necessita de um regime jurídico especial, que está inserido na seara do direito administrativo. Esses contratos, na medida em que estão vinculados à operação de serviços públicos, não são verdadeiros contratos de direito civil, mas sim figuras institucionais pertencentes ao direito público.

Destarte, a concessão pública representa um importante instrumento contratual que permite ao Poder Público delegar a particulares a realização de atividades de interesse coletivo. Não se trata, certamente, de um instituto recente no ordenamento jurídico, sua concepção se transformou ao decorrer dos anos, especialmente em países de tradição europeia continental, cuja influência no direito brasileiro é expressiva.

Ao tratar sobre as concessões públicas, Floriano de Azevedo Marques Neto (2015, p. 172) ressalta que a concessão deve ser compreendida como um acordo com características de um contrato relacional e que cumpre o papel de normatizar relações jurídicas em torno do objeto concedido. O contrato de concessão é uma fonte de normatividade para regular a utilidade pública concedida, equilibrando os interesses diversos dos particulares em torno do objeto contratual.

A estrutura normativa da concessão é complexa e envolve, além das normas contratuais, o dever de observar os parâmetros do ordenamento jurídico. Daí que, quando se tratar de uma concessão pública, é possível verificar que a estrutura normativa é híbrida e multifacetada, admitindo a articulação entre comandos legais e contratuais.

Os contratos dessa natureza não devem ser equiparados aos contratos privados típicos ou com o contrato administrativo tradicional. É dizer, as concessões demandam uma maior flexibilidade do que a existente para os contratos privados e, também, devem evitar as alterações unilaterais que são realizadas frequentemente nos contratos administrativos habituais. (Marques Neto, 2015, p. 391)

Assim sendo, os contratos de concessão, diante da sua natureza relacional, precisam permitir uma constante composição de interesses, observando os parâmetros delineados pelo ordenamento jurídico, em especial, a Constituição Federal.

A título de exemplo, o instituto da concessão no direito brasileiro pode abarcar diversas situações: serviço público (comum, patrocinada e administrativa); regimes especiais (linhas aéreas, radiofusão, portuárias e telecomunicações); obras públicas; de uso de bem público; de direito real de uso de bens públicos; minerárias; transporte de gás; florestais; e urbanísticas etc.

Destaca-se que a Lei nº 8.987/95, por se tratar de uma Lei geral e nacional³ para as concessões, se tornou responsável por regulamentar diversos contratos administrativos, acarretando, inclusive, o questionamento acerca da inconstitucionalidade de norma jurídica, que representa o objeto central desta pesquisa.

3 Não obstante, Floriano de Azevedo Marques Neto entende que a Lei n.º 8.987/95, em sua essência, não seria propriamente uma lei nacional, e sim uma lei federal de concessões, aplicável, a rigor, às concessões de serviços públicos de titularidade da União e que não sejam objeto de leis federais específicas. (MARQUES NETO, 2015, p. 176).

1. O OBJETO DA AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.946/DF

Em meados do ano de 2003, o Procurador-Geral da República, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.946/DF, levou para a Suprema Corte o debate acerca da transferência da concessão de serviço público, com a anuência do Poder Público e sem prévia licitação, a norma contida no Art. 27 da Lei nº 8.987/95, por entender que há contrariedade ao dispositivo do Art. 175 da CF/88, segundo o qual a prestação de serviços públicos pode ocorrer mediante delegação sob o regime de concessão ou permissão, mas sempre através de licitação.

Como regra geral, o Art. 27 da Lei nº 8.987/95 prescreve que a transferência de concessão ou do controle societário do concessionário, sem a prévia anuência do poder concedente, implicará a caducidade da concessão.

Contudo, o §1º e incisos I e II do dispositivo, estabelecem as condições nas quais é possível obter a anuência da Administração Pública: quando atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal à assunção do serviço; e quando o terceiro se comprometer a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Além disso, a Procuradoria-Geral da República assentou que o dever de licitar trata-se de obrigação cogente para a transferência da realização do serviço público, inclusive, por meio de uma interpretação sistemática do regime jurídico estabelecido pela Lei nº 8.987/95. Isso porque o Art. 26, ao tratar sobre o requisito da subconcessão, explicita a necessidade de anuência do poder concedente e, em seu §1º, dispõe que a outorga da subconcessão será sempre precedida de concorrência, isto é, prevê a modalidade de licitação que deve ocorrer para que seja formalizada a subconcessão de serviços públicos.

Esse aspecto é destacado pelos argumentos apresentados pelo *Parquet*, ao afirmar que o Art. 27 da Lei nº 8.987/95 “formaliza a transferência da concessão e da permissão do serviço público sem prévia licitação, quando o Art. 175 da Constituição Federal preconiza sua obri-

gatoriedade”, e, também, complementa que “o dispositivo questionado discrepa da própria lei, pois o artigo 26 do mesmo diploma, ao dispor sobre a subconcessão de serviço público, estabelece expressamente a exigência de licitação”.

Destarte, o pedido da ADI consiste na declaração de inconstitucionalidade ao caput e ao §1º, incisos I e II, do Art. 27 da Lei nº 8.987/95, com a redação modificada pela Lei nº 11.196/2005.

Prosseguindo, o Advogado-Geral da União (AGU) apresentou defesa favorável à validade da norma, aduzindo que o Art. 27 garante a proteção do interesse público, o direito dos usuários, a manutenção adequada dos serviços públicos e o respeito a todas as cláusulas contratuais pactuadas. Para o AGU, caso a norma seja declarada inconstitucional, esta medida acarretaria um impacto elevado em diversos setores econômicos, principalmente o setor da infraestrutura.

Em defesa da norma impugnada, o AGU argumentou que a transferência da concessão é a transferência total da concessão a terceiro, que assume integralmente o lugar do concessionário e responde pelo objeto contratual. Assim, o instituto da transferência realiza, na verdade, uma retomada e imediata passagem do objeto da concessão a um terceiro, sem ruptura do contrato.

De se consignar, inclusive, que antes de se efetivar a transferência prevista no preceito ora impugnado, houve a realização de prévia licitação para a celebração do contrato de concessão. A transferência de concessão ou do controle societário do concessionário, tal como prevê o Art. 27, tem como objetivo central atender à necessidade da preservação da continuidade do contrato e da prestação adequada do serviço.

Em síntese, o Advogado-Geral da União concluiu que a solução mais adequada é a que entende que a obrigatoriedade do procedimento licitatório restou satisfeita quando da realização do certame inicial e a posterior celebração do contrato de concessão de serviço público com o licitante vencedor.

Na condição de *amicus curiae*, a Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base (ABDIB), o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDES), a Associação Brasileira de Conces-

sionárias de Rodovias (ABCR) e a Associação Brasileira dos Investidores em Autoprodução de Energia (Abiape) também apresentaram argumentos para a defesa da constitucionalidade da norma.

2. A VISÃO PRAGMÁTICA DO STF: SEGURANÇA JURÍDICA E A NATUREZA DINÂMICA DAS CONCESSÕES

Apenas em 2021, o Plenário iniciou o julgamento da questão em sessão virtual e, posteriormente, ocorreu o pedido de destaque do feito em decorrência da relevância econômica e social da matéria. O relator, Min. Dias Toffoli, votou pela manutenção do dispositivo impugnado na ADI nº 2.946/DF.

Inicialmente, o debate da Suprema Corte tratou sobre o fato de os contratos administrativos serem ou não revestidos por um caráter personalíssimo, isto é, detentores de natureza *intuitu personae*, de modo a impedir a alteração contratual subjetiva.

Consoante argumentação apresentada no voto do Min. Dias Toffoli, o cerne do contrato de concessão, analisando sob a perspectiva da Administração Pública, é a proposta mais vantajosa, e não a identidade⁴ do contratado. Assim, é preciso garantir a continuidade da prestação dos serviços. A modificação do contratado, desde que ocorra mediante anuência do poder concedente, não implica, por si só, burla à necessidade de licitação.

Desse modo, as características do licitante contratado são indiferentes para o Poder Público. Apenas se faz necessária a anuência, bem como a comprovação da capacidade para cumprir as obrigações assumidas no contrato, nos moldes da previsão contida nos incisos do Art. 27 da Lei nº 8.987/95.

4 Ao tratar sobre a natureza personalíssima dos contratos administrativos, o voto condutor ressaltou o posicionamento doutrinário de Marçal Justen Filho, “que o contrato administrativo é pactuado *intuitu personae* para indicar um fenômeno jurídico específico. Significa que o preenchimento de certos requisitos ou exigências foi fundamental para a Administração escolher um certo particular para contratar. Porém, esses requisitos têm de ser objetivamente definidos, como regra. Ou seja, o Estado não se vincula às características subjetivas do licitante vencedor. Está interessado na execução da proposta mais vantajosa, a ser desenvolvida por um sujeito idôneo”. (Justen Filho, 2005).

O entendimento majoritário formado ainda ressaltou que o ato de transferência da concessão e do controle societário, de acordo com o Art. 27 da Lei nº 8.987/95, não guarda semelhança com o instituto da subconcessão de serviço público, prevista no Art. 26, o que justificaria a utilização de um tratamento legal diferenciado.

A natureza específica que envolve os contratos de concessões públicas, conforme mencionado, é que são relacionais e dinâmicos, necessitando que a Administração Pública possa se adaptar, realizar alterações contratuais para garantir a continuidade do serviço público fornecido. Daí que a transferência da concessão ou do controle societário podem ser utilizadas quando o contexto fático assim necessitar, não havendo uma violação latente à exigência constitucional de prévia licitação, que ocorreu regularmente no momento inicial da pactuação do contrato administrativo. Em verdade, troca-se o sujeito da relação negocial, mas permanece inalterada as condições econômicas da origem do contrato administrativo.

Nessa linha de raciocínio, ressalta-se o posicionamento de Rafael Vêras de Freitas, ao aduzir que “o Poder Público tem por objeto selecionar a ‘melhor proposta’, e não o ‘melhor contratado’. Ou seja, o referido procedimento visa selecionar um parâmetro qualitativo de bem ou do serviço, e não um contratado em especial” (Freitas, 2016).

O voto majoritário ponderou que a norma impugnada é relevante para os contratos administrativos complexos, tal como as concessões públicas, especialmente em razão do caráter incompleto e dinâmico que são intrínsecos dessas contratações, e, também, da imbrincada relação das concessões públicas com o mercado financeiro. Além do mais, uma eventual declaração de inconstitucionalidade dos atos de transferência (Art. 27) não ficaria limitada às concessões regulamentadas pela Lei nº 8.987/95, impactando nas parcerias público-privadas e nos contratos de concessão pertinentes a setores econômicos específicos, ocasionando instabilidade para todos os concessionários e contribuindo para um cenário de insegurança jurídica.

Por fim, alguns parâmetros foram fixados para que a Administração Pública exerça um verdadeiro controle de juridicidade do ato de transferência, assegurando que: (i) o objeto da concessão, por sua natu-

reza e em razão de suas características particulares, admite a cessão; (ii) inexistência de norma legal vedando a transferência da concessão ou do controle societário para aquele contrato específico; (iii) inexistência de cláusula contratual expressa proibindo a cessão da concessão ou a transferência do controle acionário; (iv) o certame licitatório não oferece óbice à cessão da concessão; (v) a transferência da concessão ou do controle societário não resulta de conluio para a transmissão da posição contratual a um concorrente; e, finalmente, (vi) que não há indícios de cartelização.

Em síntese, acompanharam o voto do relator, Min. Dias Toffoli, os ministros Gilmar Mendes, Nunes Marques, Alexandre de Moraes, André Mendonça, Luiz Fux e Luís Roberto Barroso.

3. A TRANSFERÊNCIA COMO BURLA À LICITAÇÃO E À ISONOMIA

O Min. Edson Fachin, primeiro a divergir do voto do relator, destacou que a Constituição Federal determinou, expressamente, a realização de licitação sempre que o Poder Público pretenda conceder a prestação de serviço público, “de modo a concretizar os princípios da isonomia, da moralidade e da eficiência, para além da economia de ordem financeira que a contratação direta poderia gerar”.

Ao analisar e criticar o posicionamento majoritário, que tem como parâmetro o fato de que a Constituição não se manifestou expressamente contrária à possibilidade de transferência da concessão a outro particular, após a contratação precedida de procedimento licitatório, o Min. Edson Fachin apresentou voto divergente para adotar a corrente que não antevê no texto constitucional autorização para que o contrato administrativo, decorrente de uma concessão de serviço público, possa ser compreendido como mero ativo patrimonial do concessionário, isto é, passível de ser transferido para terceiro.

O voto divergente compreende que, nessa situação, pode existir burla à licitação realizada para a contratação, pois a sociedade empresária, que adquire a concessão por transferência, não participou ou não foi a vencedora do procedimento licitatório, abrindo a possibilidade de

direcionamento indevido, acarretando o descumprimento do interesse público e do caráter competitivo nas contratações públicas.

No que tange à caracterização ou não do contrato administrativo de concessão como *intuitu personae*, o posicionamento divergente aduz que a questão não se centra, especificamente, na pessoa jurídica nominalmente considerada, mas sim na violação ao princípio da licitação, contrariando o aspecto concorrencial da contratação e quebrando a isonomia necessária à concessão dos serviços públicos.

Para o Min. Edson Fachin, a autorização do poder concedente, para que o concessionário de serviço público possa promover a transferência da concessão a outra sociedade empresária, como se se tratasse de mera negociação entre entes privados, equivale à contratação direta pela Administração Pública e, portanto, representaria uma hipótese de dispensa legal não prevista no ordenamento jurídico, pois quem irá cumprir o contrato e auferir os valores derivados da outorga será o particular que não se submeteu à concorrência pública.

Ressalta-se, ainda, que o artigo 27 da Lei nº 8.987/95 permite a livre negociação entre as sociedades empresárias sem estabelecer qualquer critério temporal. É dizer, mesmo passado pouco tempo da contratação seria possível cogitar uma transferência da concessão ou do controle societário, em evidente burla ao princípio da isonomia e da licitação.

Não se deve descuidar, por certo, da natureza relacional dos contratos de concessões públicas, caracterizados por sua longa duração e submetidos às incertezas econômicas. Daí que, como bem assentou a corrente divergente do STF, como se pode afirmar que a possibilidade de livre negociação privada do contrato pode ser mais vantajosa que a realização de concorrência pública aberta a diversos potenciais contratantes?

Um novo procedimento licitatório pode, inclusive, oferecer alternativas mais atrativas sob a perspectiva tecnológica ou, também, no que concerne à promoção do desenvolvimento sustentável, do que aquela anteriormente contratada e que não poderá ser concretizada pela empresa responsável.

O Min. Edson Fachin chama atenção para o fato de que a Constituição Federal não faculta ao administrador a possibilidade de contratação direta para a concessão pública de serviços de magnitude tão relevante. Nesse sentido, o texto constitucional não prevê a possibilidade de o concessionário negociar livremente a concessão, para fazer figurar no polo contratual empresa que não participou ou não logrou êxito em vencer o certame licitatório.

Após o voto divergente proferido pelo Min. Edson Fachin, também votaram nesse sentido o ministro Ricardo Lewandowski e as ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber.

Nessa toada, a Min. Cármen Lúcia destaca que a admissão da transferência da concessão, sem licitação prévia, não oferece igual oportunidade a todos os que possam se interessar pela concessão, impedindo-se a apresentação de propostas melhores e mais vantajosas para a Administração Pública.

O Art. 27 da Lei nº 8.987/95, diante das múltiplas situações que possam decorrer da sua interpretação, permite a negociação particular a respeito da prestação do serviço público, trasladando ao concessionário prerrogativa exclusiva do Poder concedente e transferindo-se a concessão a sociedades empresárias que, como mencionado anteriormente, sequer participaram da licitação, em ofensa aos princípios constitucionais da licitação, da isonomia, da moralidade e da transparência.

No âmbito doutrinário, os votos da corrente divergente abordaram, de forma elucidativa, os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2021, p. 314), ao defender que a transferência da concessão, prevista no Art. 27, significa a entrega do objeto da concessão a outra pessoa que não aquela com quem a Administração Pública celebrou o contrato. Portanto, haveria uma substituição do concessionário sem a exigência de licitação, o que implica burla à norma do Art. 175 da Constituição Federal.

Também, Celso Antônio Bandeira de Mello (2021, p. 698-699) sustenta que admitir a transferência da concessão ofenderia o princípio licitatório, tendo em vista que a concessão depende de licitação, e como o que está em causa, ademais, é um serviço público, não se

compreenderia que o concessionário pudesse repassá-la a outrem, com ou sem a concordância da Administração. Indo mais adiante, o autor adverte que “admitir a transferência da concessão seria uma burla ao princípio licitatório, enfaticamente consagrado na Lei Magna em tema de concessão, e feriria o princípio da isonomia, igualmente encarecido na Constituição”.

Outro escopo importante é frisado pela Min. Cármen Lúcia (1996, p. 48) em obra doutrinária de sua autoria, ao destacar que a anuência do poder concedente para a transferência marca apenas o início da participação do ente público. Daí que a concordância deve ser compreendida apenas como um ponto de partida para ocorrer a transferência de titularidade. Concluindo a autora que:

A transferência realiza, na verdade, uma retomada e imediata passagem do objeto da concessão a um terceiro, sem ruptura do contrato, mediante o prévio processo licitatório, configurando-se, para o concessionário que abandona a prestação, uma forma de extinção do contrato de concessão. Conquanto não prevista no dispositivo que cuida das modalidades extintivas da concessão (Arts. 35 a 39 da Lei n. 8.987/95), a transferência impõe todos os comportamentos administrativos previstos no caso de extinção. Apenas, o contrato não cessa; é transferido em seus termos e, tal como era antes, continuará a ser executado o seu objeto, como previsto, por outrem, que assume integralmente o lugar do concessionário. Se rescisão tivesse havido, e não transferência, o poder concedente poderia alterar — e certamente alteraria — as condições antes prevalentes sobre o objeto da concessão, formulando-se novo contrato. Com a transferência, mantém-se a concessão anteriormente concedida em todos os seus termos, alterando-se a pessoa do delegado a quem ela é transferida. Por isso mesmo mais uma vez se mostra a imperiosidade de ser realizada a licitação por quem titularia o serviço público, cuja prestação é dada em concessão na forma contratualmente estabelecida, e não pelo particular que a recebera originariamente. (Rocha, 1996, p. 51)

4. A LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA A PROMOÇÃO DA COMPETITIVIDADE E ISONOMIA

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, reconheceu a constitucionalidade do Art. 27 da Lei nº 8.987/95. Os fundamentos apresentados pelo voto majoritário e, também, pelo voto divergente, são esclarecedores para compreendermos as perspectivas contrapostas acerca do instituto da transferência de concessão ou do controle societário do concessionário.

Importante rememorar que os contratos de concessão pública são típicos contratos relacionais, ou seja, consistem em relações continuadas, nas quais haverá a necessidade de uma cooperação efetiva entre as partes envolvidas. Diante da sua natureza, a concessão de serviço público perdurará por um longo período, envolvendo diversos ciclos econômicos, regulatórios e políticos, de modo que a interpretação e a adaptação contratual devem observar os parâmetros constitucionais e legais, e os princípios explícitos e implícitos norteadores da atividade administrativa, tal como o princípio da continuidade do serviço público.

Apesar disso, as modificações subjetivas do contrato de concessão pública devem mitigar o dever constitucional de licitar?

A Lei nº 8.987/95, em seu Art. 2º, II, estabelece o dever de seleção do concessionário por licitação. O procedimento licitatório não só tem como objetivo a escolha da melhor proposta para o Poder Público, como também deve garantir a manutenção do princípio da isonomia material, é preciso garantir a competitividade.

Até mesmo, a licitação pode ser utilizada como instrumento de regulação, buscando induzir determinados comportamentos na economia e produzir efeitos sociais desejáveis. O Estado detém um significativo poder de compra, que é materializado por meio das licitações e dos contratos administrativos. As contratações de longo prazo, por exemplo, as concessões e parcerias público-privadas (PPPs), são instrumentos conexos à implementação de políticas públicas e fornecimento de serviços essenciais.

Consoante as lições de Luciano Ferraz, a partir de uma leitura constitucionalizada da licitação, a Carta Magna prescreve outros papéis

fundamentais e relevantes para a licitação em uma economia de mercado. É preciso perceber que a licitação não é um fim em si, mas um instrumento de alcance e garantia do interesse público. (Ferraz, 2009)

Ainda, o escopo da licitação irradia para o alcance de finalidades distintas dos tradicionais parâmetros de um tratamento igualitário entre os licitantes e da busca da proposta mais vantajosa. Como bem ressaltado por Danilo Miranda Vieira (2018, p. 105), a função regulatória das licitações trata-se do uso do “poder de compra” estatal para o alcance de finalidades de interesse público estranhas à específica execução contratual, por meio da previsão de incentivos ou regras para que os agentes econômicos atuem em determinado sentido em benefício da coletividade.

Desse modo, há também o interesse de que a concessão seja vetor da consecução de políticas públicas, por via direta ou reflexa. Floriano de Azevedo Marques Neto (2015, p. 200) nos remete ao exemplo da universalização do serviço concedido, as políticas de racionalização do uso do serviço concedido, tal como as obrigações impostas aos concessionários de investir em eficiência energética, no setor elétrico, ou em divulgação do consumo consciente de água, nos serviços de saneamento, ou, ainda, as políticas voltadas para a modicidade tarifária e da redução de hipossuficiência, mediante a aplicação de gratuidades tarifárias para segmentos específicos da população.

Prosseguindo, deve-se ressaltar que a proposta mais vantajosa, assim como assentado no voto majoritário da ADI 2.946/DF, não representa uma natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos das concessões públicas. De fato, a manutenção da base econômica na outorga inicial preserva os direitos e deveres do Poder concedente e do concessionário.

Especialmente nos contratos de concessão pública, não se pode esquecer que o concessionário tem o dever de executar o serviço com a qualidade e técnica adequadas, bem como é detentor do direito de auferir recursos dos usuários ou da Administração Pública, nas hipóteses das PPPs, por longo período, colocando-se em uma posição privilegiada em determinado setor econômico.

Por outro lado, ao permitir que o concessionário possa, após anuência da Administração Pública, transferir a concessão ou o controle societário para terceiro, sem qualquer procedimento licitatório, configura uma potencial violação ao dever de garantir a competitividade entre os agentes econômicos, refutando o princípio da isonomia material.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cediço que, no contexto geral das contratações públicas, há uma grande quantidade de sociedades empresárias que são constituídas com a finalidade exclusiva de participar de procedimentos licitatórios e celebrar contratos com o Poder Público. Permitir uma livre circulação de transferência de contratos de concessão entre particulares, cuja autorização depende apenas de critérios discricionários estabelecidos pelo gestor público, certamente reduzirá a competição entre os agentes econômicos e impossibilitará que a Administração consiga renegociar preços mais favoráveis para execução do serviço público concedido.

Os recursos envolvidos direta ou indiretamente em uma concessão pública são elevados. A transferência entre particulares de um ativo econômico de grande proporção caracteriza uma evidente violação ao princípio da impessoalidade e da isonomia material no âmbito das contratações públicas, diante da ausência de um procedimento licitatório.

Com a devida vênia, o entendimento majoritário do STF, acerca da constitucionalidade do Art. 27 da Lei nº 8.987/95, adotou uma interpretação utilitarista e econômica para justificar a permanência do dispositivo legal no ordenamento jurídico, conforme se pode observar do voto condutor, ao utilizar como base argumentativa o fato de que a operação empresarial sobre a qual incide a anuência é, tipicamente, um negócio jurídico entre particulares e, como tal, é disciplinada pelo direito privado. O concessionário, como agente econômico que é, poderia decidir sobre seus parceiros empresariais conforme critérios próprios.

Não obstante, o Art. 27 da Lei nº 8.987/95 não prescreve a necessidade de vinculação prévia entre o concessionário e o terceiro, exigindo apenas que este atenda às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal para a execução do

serviço. Também não há qualquer previsão de prazo mínimo contratual para que o concessionário possa realizar a transferência da concessão, permitindo o surgimento de situações fraudulentas e a violação da competitividade no setor das contratações públicas, que envolvem valores vultosos.

A título comparativo, ainda que o Art. 27 da Lei nº 8.987/95 seja norma especial para regulamentar os contratos de concessões, é possível mencionar uma situação diversa que está prevista no Art. 102 da Lei nº 14.133/2021, no que concerne ao instituto do seguro-garantia e a possibilidade de um terceiro, a seguradora, executar a diretamente a obra em substituição ao contratado⁵.

O inciso I do Art. 102 impõe que a seguradora deverá participar do contrato administrativo, bem como nos aditivos contratuais, na condição de interveniente anuente, ou seja, expressando sua aquiescência aos dispositivos do contrato.

Ora, na hipótese tratada pela Lei nº 14.133/2021, o terceiro que pode executar o contrato estava participando desde o início da celebração do contrato administrativo, na condição de interveniente anuente.

De acordo com o exemplo mencionado, o que ocorre não se refere a uma transferência de um contrato, mas uma execução do serviço sem alteração das partes contratuais, haja vista a inadimplência do contratante em concluir o serviço. Portanto, há condições específicas para

5 Lei 14.133/2021 – Art. 102. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que:

I - a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente e poderá:

a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal;
b) acompanhar a execução do contrato principal;
c) ter acesso a auditoria técnica e contábil;
d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento;

II - a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal;

III - a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.

Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições:

I - caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice;

II - caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.

um terceiro agente econômico, que efetivamente não concorreu durante o procedimento licitatório, concluir a obra ou serviço.

Um segundo exemplo, por oportuno, trata-se das hipóteses de incorporação empresarial inseridas no contexto das Sociedades Anônimas. Isto porque o Art. 227 da Lei nº 6.404/1976 prevê que a incorporação é a operação pela qual uma unidade é absorvida por outra, que irá suceder em direitos e obrigações. Tal hipótese, certamente, não se trata de uma compra e venda de controle acionário, mas da absorção de uma companhia que deixará de existir, por outra. Por meio da incorporação, a companhia incorporada será extinta, sem passar pelos procedimentos de dissolução ou liquidação.

Nesse cenário, como bem evidenciado por Gilberto Bercovici (2016, p. 46-47), a incorporação não se busca apenas vender ou unificar patrimônio, mas há o desígnio de atuar conjuntamente na mesma sociedade, a incorporada passa a fazer parte da incorporadora. A incorporação não é, segundo aduz o autor, uma alienação de patrimônio, não se configurando como uma transferência de domínio de bens a terceiros. Daí que, considerando esta situação específica da incorporação, não está configurada dentre os contratos que exigem licitação por determinação Constitucional ou legal.

Por outro lado, o ordenamento jurídico não sugere uma interpretação que estabeleça para as concessões de serviço público situação que, de forma excepcional, justifique concretamente a mitigação do dever constitucional de licitar, para permitir a execução de serviço público por uma sociedade empresária diferente daquelas que estavam concorrendo durante o procedimento licitatório.

Os argumentos que são favoráveis à constitucionalidade do dispositivo cingem-se na vantajosidade econômica para o Poder concedente, ao admitir a negociação da concessão de modo a possibilitar a continuidade da prestação do serviço por um terceiro agente econômico não previsto na outorga inicial da concessão pública.

Conforme assentado no entendimento minoritário da ADI 2.946/DF, essa presunção de vantajosidade, de que a transferência da conces-

são seja melhor para os administrados que a realização de nova licitação, não encontra amparo em uma interpretação estruturante da Constituição.

Não obstante, os obstáculos reais apresentados pela eventual nulidade de contratos administrativos de concessões não podem ser compreendidos de forma horizontal. A contemporânea interpretação de normas de direito administrativo está se transformando por meio de uma perspectiva mais pragmática, onde se busca considerar os obstáculos e as situações reais que possam ter implicações indesejadas na persecução do interesse público⁶.

A interpretação consequencialista de uma tomada de decisão da Suprema Corte deve ocorrer de modo proporcional e adequado, isto é, no sentido de incentivar que eventual declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica não crie barreiras a inviabilizar a continuidade da prestação de serviços públicos e a persecução do interesse coletivo.

Por fim, nessa linha de pensamento, na hipótese do voto divergente proferido na ADI 2.946/DF obtivesse o apoio da maioria, ainda que a invalidade da norma prevista no Art. 27 da Lei nº 8.987/95 represente um impacto econômico nos antigos contratos de concessões públicas, tendo em vista razões de segurança jurídica, o STF poderia restringir os efeitos da decisão para um momento futuro.

6 Inclusive, a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), em seus Arts. 147 e 148, apresenta o regime jurídico de nulidade dos contratos administrativo, buscando resolver situações em que a nulidade contratual não se revele medida de interesse público e, para alcançar tal finalidade, deve-se avaliar os impactos econômicos e financeiros, riscos sociais, ambientais e à segurança da população local, motivação social e ambiental do contrato, custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação, custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato, entre outros.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. Direito econômico aplicado: estudos e pareceres. São Paulo: Contracorrente, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.946/DF. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2147534>>. Acesso em: 16 jun. 2025.

CHEVALLIER, Jacques. O serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Forense, 2021.

ENTERRÍA, Eduardo García de. La figura del contrato administrativo. Revista de Administración Pública, Madrid, n. 41, p. 99-130, 1963.

FERRAZ, Lucianº Função regulatória da licitação. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, p. 133-142, jul./set. 2009.

FREITAS, Rafael Vêras de. A subconcessão de serviço público. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75/101, jul./dez. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 4, n. 41, maio/2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2021.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Estudos sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996.

VERAS, Rafael. A função regulatória das licitações em projetos de infraestrutura: quanto custa? Revista Eletrônica de Direito do Estado. Ano 2018, nº 386. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/a-funcao-regulatoria-das-licitacoes-em-projetos-de-infraestrutura-quanto-custa>. Acesso em: 15 nov. 2023.

VIEIRA, Danilo Miranda. O fomento estatal por meio das licitações e contratações públicas: a instituição de margens de preferência nas compras governamentais à luz dos princípios da legalidade e isonomia, 117 f. Dissertação de Mestrado em Direito – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2018.



VERIFICAÇÃO DE CRÉDITOS PÚBLICOS EM PROCESSOS FALIMENTARES: UMA ABORDAGEM CRÍTICA DO INCIDENTE DE CLASSIFICAÇÃO DE CRÉDITO PÚBLICO

VERIFICATION OF PUBLIC CREDITS IN BANKRUPTCY PROCEDURES: A CRITICAL APPROACH TO THE INCIDENT OF PUBLIC CREDIT CLASSIFICATION

Jimmy Lauder Mesquita Lucena

Procurador da Fazenda Nacional

Mestre em Administração Pública pela

Fundação Getúlio Vargas (FGV/EBAPE)

Coordenador da Divisão Regional de Falências, Recuperações
Judiciais e Demais Processos de Insolvência Empresarial da
Procuradoria Regional da Fazenda Nacional da 3ª Região.

RESUMO: Este artigo tem por escopo analisar a evolução histórica da verificação de créditos públicos em processos falimentares no sistema de insolvência brasileiro, de modo a fornecer um exame contextualizado, pragmático e crítico do instituto do incidente de classificação de crédito público.

PALAVRAS-CHAVE: Falência. Verificação de Créditos Públicos. Incidente de Classificação de Crédito Público.

ABSTRACT: This article aims to analyze the historical evolution of the verification of public credits in bankruptcy procedures in the brazilian insolvency system, in order to provide a contextualized, pragmatic and critical examination of the incident of public credit classification.

KEYWORDS: *Bankruptcy. Verification of Public Credits. Incident of Public Credit Classification.*

1. INTRODUÇÃO

A situação jurídica do crédito público no concurso falimentar apresenta desafios que merecem considerações críticas. Se, de um lado, existem previsões legais dispensando a Fazenda Pública do aspecto formal do concurso universal de credores, no sentido de submissão a um rito de verificação de crédito atípico e externo à execução fiscal, de outro vértice, é pacífica a compreensão quanto à necessidade de que o crédito público respeite o cariz material do concurso falimentar, isto é, a paridade entre credores à luz da ordem legal de preferência de créditos, pilar principiológico fundante da Lei nº 11.101/2005.

Nesse contexto, a trajetória do crédito público, das certidões de dívida ativa para os quadros gerais de credores de processos falimentares, mostrou-se, em alguma medida, errante, ao perpassar instrumentos diversos como penhora no rosto dos autos falimentares, habilitação de crédito, pedido de restituição, petições avulsas e até mesmo negócios jurídicos processuais.

Com a criação do incidente de classificação de crédito público, a partir da vigência da Lei nº 14.112/2020, o tema, já naturalmente complexo, ganhou um novo capítulo, estando a merecer uma abordagem crítica do novo instituto, de modo a esmiuçar o caráter disruptivo do Art. 7º-A da Lei nº 11.101/2005, bem como a destrinchar o movimento gradual de aproximação da Fazenda Pública do procedimento de liquidação empresarial por meio da falência.

Nessa ordem de ideias, o presente artigo pretende lançar luzes sobre o arcabouço legal, o manancial doutrinário/jurisprudencial e as implicações práticas que circundam a utilização forense do incidente de classificação de crédito público.

2. A EVOLUÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE VERIFICAÇÃO DE CRÉDITOS PÚBLICOS EM PROCESSOS FALIMENTARES

A participação da Fazenda Pública em concursos falimentares de credores – universais, por excelência – está sujeita a um regime jurídico peculiar.

Até o advento da Lei nº 14.112/2020, a inclusão do crédito público nos quadros gerais de credores, contas de liquidação e planos de rateio de processos falimentares abarcava uma concatenação de atos jurídicos definidos a partir do diálogo de fontes jurídicas, travado entre o sistema de verificação de créditos do diploma falimentar e o plexo de normas de regência da cobrança do crédito público inscrito em dívida ativa, notadamente a Lei nº 6.830/1980.

Nesse sentido, pode-se asseverar que a trilha jurídica do crédito fazendário em face da falida sempre foi, em certa medida, um exercício de ponderação, à luz do ordenamento positivado, buscando balancear duas situações extremas indesejáveis: se, por um lado, atentar exclusivamente para o regime de prerrogativas de direito público poderia ferir de morte princípios inegociáveis do sistema de insolvência – notadamente a paridade entre credores na forma da lei –, de outro bordo, submeter o crédito público ampla e irrestritamente a toda e qualquer norma procedimental de verificação prevista em lei ordinária poderia ocasionar violações profundas em princípios fundamentais do direito público.

Anteriormente ao advento do incidente de classificação de crédito público, a jurisprudência estribilhava a ideia de que a Fazenda Pública, a despeito de não poder receber seu crédito preferencialmente em relação a credores prioritários (como os trabalhistas), não se submetia à habilitação em falência¹, senão vejamos (grifos nossos):

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. MASSA FALIDA. **NÃO-SUJEIÇÃO DA COBRANÇA DE DÉBITOS FISCAIS À HABILITAÇÃO EM FALÊNCIA.** PERMANÊNCIA DA EXECUÇÃO FISCAL NO JUÍZO ONDE FOI PROPOSTA. ART. 29 DA LEI 6.830/80. EXEGESE. PENHORA. BEM ARRECADADO PELO SÍNDICO. UNIVERSALIDADE DA MASSA FALIDA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Segundo a nova Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005), os processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início da sua vigência serão concluídos nos termos do Decreto-Lei nº 7.661/45. Por sua vez, o Art. 24 do retrocitado decreto-lei dispõe que ficam suspensas as execuções individuais dos credores, sobre direitos e interesses

¹ BRASIL, STJ, Conflito de Competência 45.805-RJ. 1ª Seção. Ministra Relatora: Denise Arruda. Data de Julgamento: 22.06.2006.

relativos à massa falida, desde que seja decretada a falência até o seu encerramento. 2. **Entretanto, conforme estabelece o Art. 29 da Lei de Execuções Fiscais, que segue a determinação do Art. 187 do Código Tributário Nacional, a cobrança judicial da dívida da Fazenda Pública não se sujeita à habilitação em falência, mas submete-se à classificação dos créditos.** 3. Consoante a parte final do enunciado da Súmula 44 do extinto TFR, “(...) proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o síndico”. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Uruguai/RS, o segundo suscitado, para processar e julgar a execução fiscal ajuizada contra a empresa falida.

É nesse panorama que exsurgem as noções de concursos formal e material de credores, à guisa de solução conciliatória. Com efeito, após acesos debates, sedimentou-se na doutrina e jurisprudência pátrias o entendimento de que, em se tratando de cobrança em face de devedores falidos, a Fazenda Pública – malgrado não esteja, necessariamente, jungida a ritos estranhos à execução fiscal (concurso formal) – está sim sujeita ao posicionamento de seu crédito segundo a ordem legal de preferência prevista na Lei nº 11.101/2005 (concurso material).

Abordando com maestria a questão, a lição doutrinária elucida (SACRAMONE, 2021):

Nesse aspecto, ao se assegurar pela legislação complementar tributária o prosseguimento das execuções fiscais, tributárias ou não, os dispositivos estabelecem norma de cunho processual e criam exceção à indivisibilidade do juízo falimentar. Pelos dispositivos, a execução fiscal em face da Massa Falida prosseguirá no juízo competente, independentemente da decretação da falência do devedor.

O objetivo das disposições é evitar que se considere preclusa a possibilidade de cobrança dos créditos materializados em dívida ativa em virtude da falta de habilitação tempestiva do referido crédito.

A não submissão obrigatória à verificação de crédito na falência, todavia, não implica que a Fazenda fique fora da ordem de pagamento determinada pelos credores em razão da liquidação dos ativos. [...] Embora não sujeitas à verificação processual de

crédito obrigatória, as pessoas jurídicas de direito público com crédito materializado em dívida ativa sujeitam-se materialmente aos rateios do produto da liquidação dos bens, conforme a ordem legal dos créditos prevista nos Arts. 83 e 84 da Lei nº 11.101/2005.

Assim, em meio à não submissão ao concurso formal e à submissão ao concurso material, testemunhou-se um cenário de evolução nos instrumentos utilizados pela Fazenda Pública para fazer valer sua condição de credora em falências.

Por muito tempo, a cobrança do crédito público em face de devedores falidos pelas Procuradorias fazendárias, ainda que estivesse imune ao concurso formal de credores – novamente: na acepção ritualística de submissão a um procedimento de cobrança atípico e externo à execução fiscal –, nos moldes do Art. 187 do Código Tributário Nacional (CTN)² e do Art. 29 da Lei nº 6.830/1980³, esbarrava num verdadeiro *cul-de-sac* representado pela sujeição ao concurso material da falência.

Sobre o tema, a jurisprudência é de há muito remansosa no sentido de que a cobrança do crédito público em face de devedores falidos, conquanto possa seguir pelo rito de execução fiscal até a alienação de ativos, não pode atropelar a ordem legal de preferência e pagamento de créditos, atualmente prevista nos Arts. 83 e 84 da Lei nº 11.101/2005. Desse modo, não cabe, na execução fiscal contra a falida, propriamente qualquer tipo de expropriação que possa burlar a fila de pagamentos, mas sim a remessa do produto de alienações judiciais ao juízo universal, respeitando-se a exceção à arrecadação prevista na norma do Art. 22, inc. III, alínea s⁴.

2 CTN. Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.

3 Lei nº 6.830/1980. Art. 29. A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento.

4 Lei nº 11.101/2005. Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além dos outros deveres que esta Lei lhe impõe: [...] III – na falência: [...]

s) arrecadar os valores dos depósitos realizados em processos administrativos ou judiciais nos quais figure como parte, oriundos de penhoras, de bloqueios, de apreensões, de leilões, de alienação judicial e de outras hipóteses de constrição judicial, ressalvado o disposto nas Leis nº 9.703, de 17 de novembro de 1998, e 12.099, de 27 de novembro de 2009, e na Lei Complementar nº 151, de 5 de agosto de 2015.

Esse é o entendimento cristalizado no Enunciado 44 da súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos: “ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo de quebra, citando-se o síndico”.

Como antecipado, mesmo na primeira hipótese descrita na súmula (penhora formalizada anteriormente à falência), era pacífico o entendimento de que o produto da alienação do bem penhorado deveria ser transferido ao juízo falimentar, para observância da ordem legal de preferência. Nesse norte, revisite-se precedente de Corte Superior⁵ sobre a matéria (destacamos):

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL E FALÊNCIA DO EXECUTADO. LEILÃO. ARREMATACÃO. **VALORES REPASSADOS AO JUÍZO UNIVERSAL DA FALÊNCIA PARA APURAÇÃO DAS PREFERÊNCIAS. 1. O produto arrecadado com a alienação de bem penhorado em Execução Fiscal, antes da decretação da quebra, deve ser entregue ao juízo universal da falência.** Precedentes: REsp 188.418/RS, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, DJ de 27/05/2002; gRg no Ag 1115891/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 28/09/2009; AgRg no REsp 783318/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 14/04/2009; AgRg nos EDcl no REsp 421994/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ 06 .10.2003; AgRg na MC 11937/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 30/10/2006. **2. A falência superveniente do devedor não tem o condão de paralisar o processo de execução fiscal, nem de desconstituir a penhora realizada anteriormente à quebra. Outrossim, o produto da alienação judicial dos bens penhorados deve ser repassado ao juízo universal da falência para apuração das preferências.** 3. Dessarte, não há que se discutir, em sede do juízo de execução, qual a preferência para o levantamento dos valores do bem arrematado. 4. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso

5 BRASIL, STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial 914.712-PR. 1ª Turma. Ministro Relator: Luiz Fux. Data de Julgamento: 09.11.2010.

especial pela violação do Artigo 535, II, do CPC. 5. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 6. Agravo regimental desprovido.

Assim, fincadas essas premissas da força atrativa do juízo universal e da necessidade imperiosa de respeito à ordem de preferência da legislação de insolvência empresarial, a atuação da Fazenda Pública em processos falimentares deve perpassar essencialmente a reflexão crítica quanto à estratégia legal mais adequada para fazer inserir oportunamente seus créditos no quadro geral de credores, com valores e classificações escoreitos.

Anteriormente ao surgimento do incidente atualmente previsto no Art. 7º-A da Lei nº 11.101/2005, prevaleceu por longo período uma postura, até certo ponto, absenteísta, consistente na opção pelo requerimento de penhora no rosto dos autos falimentares, constructo jurisprudencial atualmente previsto no Art. 860 do Código de Processo Civil (CPC/2015)⁶. Nessa toada, vale colacionar o pensamento de João Auriño de Melo Filho (2021, p. 522):

A orientação plasmada na Súmula nº 44 fez com que o pedido de penhora no rosto dos autos do processo de falência se tornasse providência usual na execução fiscal em face da massa falida. Essa penhora no rosto dos autos, mesmo não se tratando de habilitação de crédito, porque dispensa qualquer procedimento formal, necessitando apenas da expedição de mandado de penhora na execução fiscal, da habilitação se aproxima em seus efeitos: inclusão do crédito no quadro-geral de credores.

A aproximação no tocante aos seus efeitos, entretanto, não iguala a penhora no rosto dos autos à habilitação de crédito. É que, diferentemente da habilitação formal, no procedimento de penhora no rosto dos autos, os demais credores da massa falida não poderão contestar a existência ou a validade do crédito público (situação possível no procedimento de habilitação), apenas sua classificação no quadro geral [...].

6 CPC/2015. Art. 860. Quando o direito estiver sendo pleiteado em juízo, a penhora que recair sobre ele será averbada, com destaque, nos autos pertinentes ao direito e na ação correspondente à penhora, a fim de que esta seja efetivada nos bens que forem adjudicados ou que vierem a caber ao executado.

Por oportuno, vale destacar que, numa análise tecnicamente rigorosa, que aparta as acepções de penhora e protesto por preferência de crédito, a idoneidade da penhora no rosto dos autos falimentares é inclusive posta em xeque por parcela da doutrina (SILVA, 2008, p. 154):

A penhora no rosto dos autos apenas atribui à Fazenda o benefício econômico que, ao final, beneficiaria o falido como ativo remanescente da massa. Em outras palavras, enquanto puro e simples sujeito penhorante no rosto dos autos, a Fazenda Pública estaria subtraída, formalmente, do concurso de credores, no qual ela teria significativa vantagem jurídica.

Nada obstante as discussões técnicas que orbitaram a utilização do instrumento, a praxe forense chancelou a penhora no rosto dos autos falimentares enquanto via de verificação de créditos públicos em falência. O precedente firmado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região no AI 5034133-21.2024.4.03.0000⁷ bem sumariza a ótica jurisprudencial acerca da utilização, em execução fiscal, da penhora no rosto dos autos falimentares como instrumento legítimo de cobrança (destaques nossos):

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. FALÊNCIA. PEDIDO DE PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. CABIMENTO. RECURSO PROVIDO. I. Caso em exame: Agravo de instrumento interposto por autarquia federal contra decisão que indeferiu pedido de expedição de mandado de penhora no rosto dos autos de processo falimentar, no curso de execução fiscal movida contra empresa falida. Alegação de que os créditos tributários não se sujeitam à habilitação no juízo falimentar, sendo cabível a medida constritiva diretamente nos autos da falência. **II. Questão em discussão: A questão em discussão consiste em verificar a possibilidade jurídica de realização de penhora no rosto dos autos de falência, no contexto de execução fiscal movida por ente público, ante a autonomia desse tipo de cobrança e a inaplicabilidade do concurso universal de credores.** III. Razões de decidir: As execuções fiscais não se submetem ao juízo universal da falência, nos termos do Art. 76

7 BRASIL, TRF3, Agravo de Instrumento 5034133-21.2024.4.03.0000. 4ª Turma. Desembargadora Relatora: Monica Autran Machado Nobre. Data de Julgamento: 23.05.2025.

da Lei nº 11.101/2005, aplicando-se as disposições da Lei nº 6.830/1980 e do Art. 187 do CTN. **A penhora no rosto dos autos, prevista no Art. 860 do CPC, é meio legítimo de resguardar crédito tributário em trâmite judicial, assegurando ao exequente a satisfação do crédito sem sujeição à habilitação na falência. O deferimento da medida atende à lógica do sistema normativo que confere tratamento específico à cobrança da Dívida Ativa, sendo desnecessária a submissão do crédito ao quadro geral de credores. Precedente do TRF3 reconhece a possibilidade da penhora no rosto dos autos em execução fiscal, mesmo após a falência do devedor.** IV. Dispositivo e tese Agravo de instrumento provido. Tese de julgamento: “1. A penhora no rosto dos autos de processo falimentar é cabível nas execuções fiscais, uma vez que os créditos tributários não se submetem ao concurso de credores nem à habilitação na falência. 2. O Art. 860 do CPC autoriza a averbação da penhora em demandas em curso para garantia do crédito do exequente.” Dispositivos relevantes citados: LEF, Arts. 5º e 29; CPC, Art. 860; CTN, Art. 187; LRF, Art. 76. Jurisprudência relevante citada: TRF3, AI 5012368-96.2021 .4.03.0000, Rel. Des. Fed. Marcelo Mesquita Saraiva, 4ª Turma, j. 19.10 .2021, DJEN 26.10.2021.

Na mesma trilha, discorrendo sobre a admissibilidade do deferimento de penhora em rosto de autos falimentares requestada pela Fazenda Pública, Matheus Pereira (2022, p. 176) adverte:

Tratando da penhora sobre direito pendente em juízo, a chamada penhora no rosto dos autos, o Art. 860 do CPC dispõe que tal forma de constrição deve ser efetivada nos bens que vierem a caber ao executado em processo judicial em curso, o que não é propriamente o caso da falência, já que a massa falida executada, presumivelmente, nada receberá no processo falimentar (conclusão que decorre de sua insolvência).

No entanto, é pacífico na jurisprudência o cabimento da penhora no rosto dos autos na hipótese em análise, sendo, inclusive, desnecessária a apresentação de prova negativa (inexistência de pedido de habilitação de crédito nos autos da ação falimentar), para o fim de análise do requerimento nos autos da execução fiscal.

Em sentido semelhante, pontifica Leonardo da Cunha (2021, p. 431):

Estando em curso uma execução fiscal, e sobrevindo a decretação da falência do devedor, não será necessário que a Fazenda Pública habilite seu crédito no juízo falimentar. É que não se aplicam à execução fiscal as regras da *vis attractiva* do juízo universal da falência. A execução fiscal prossegue, normalmente, devendo a penhora ser feita no rosto dos autos do processo de falência, pagando-se à Fazenda Pública preferencialmente, após a satisfação dos créditos de acidente de trabalho, trabalhistas, previdenciários, extraconcursais e com garantia real, além das importâncias passíveis de restituição (CTN, Art. 186).

Sucedee, contudo, que os resultados efetivos da estratégia de penhora no rosto dos autos falimentares se mostraram aquém do desejável. No âmbito da Fazenda Nacional, a rotina de formalizar a referida penhora – com a intimação do Administrador Judicial e posterior suspensão da execução fiscal a fim de aguardar o andamento do concurso universal – revelou-se dificultosa e errante na medida em que não raras vezes os registros das várias penhoras se pulverizavam e se perdiam na numerosidade de movimentações processuais dos autos falimentares, tornando árduo, inclusive para a própria Administração Judicial, o acompanhamento detalhado da inserção dos créditos no quadro geral de credores (acompanhamento este muitas vezes operacionalizado por ofícios expedidos pelo juízo da execução fiscal).

Diante desse panorama, um primeiro movimento de incremento da proatividade da Fazenda Pública nos processos de falência se deu, ainda anteriormente à vigência da Lei nº 14.112/2020, com a adoção da sistemática de formalização de habilitações de créditos e pedidos de restituição diretamente no juízo universal, substituindo-se a opção pela penhora.

Essa nova estratégia, a par de permitir maior controle sobre a apuração do crédito por meio dos feitos protocolados (em lugar da atuação avulsa de penhoras), também aproximou juridicamente as Procuradorias fazendárias do próprio microsistema de verificação de créditos estabelecido na Lei nº 11.101/2005, fomentando o conhecimento

mais aprofundado das normas regentes da elaboração do quadro geral de credores e da apresentação tempestiva de créditos (anteriormente ao rateio).

Em relação à matéria, vale salientar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou precedente vinculante placitando a opção das Fazendas Públicas pelas habilitações de crédito público em face de falidos, com a seguinte tese gestada no Tema Repetitivo 1.092: “é possível a Fazenda Pública habilitar em processo de falência crédito objeto de execução fiscal em curso, mesmo antes da vigência da Lei nº 14.112/2020, e desde que não haja pedido de constrição no juízo executivo”.

Assim, especialmente no período de 2018 até a vigência da Lei nº 14.112/2020, em 23.1.2021, a cobrança do crédito público em face de devedores falidos, à míngua de definição legal de via exclusiva de verificação, foi pautada pela versatilidade, pelo pragmatismo e pela busca de eficiência, cabendo ao Procurador responsável a definição fundamentada do instrumento mais adequado ao caso concreto (penhora, habilitação de crédito, pedido de restituição, negócio jurídico processual etc.).

Trata-se de fase, na evolução cronológica da verificação de crédito público em falência, em que a jurisprudência⁸ se cristalizou no sentido da possibilidade jurídica de convivência entre o ajuizamento de execução fiscal e o processamento no juízo universal, em paralelo, da habilitação do crédito exequendo, obstando-se tão somente a duplicidade de cobrança a partir de penhora e habilitação simultâneas (sublinhas nossas):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO FISCAL. FALÊNCIA. FAZENDA PÚBLICA. PEDIDO DE HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. POSSIBILIDADE. **1. A questão jurídica submetida ao Superior Tribunal de Justiça cinge-se à possibilidade da Fazenda Pública apresentar pedido de habilitação de crédito no juízo falimentar objeto de execução fiscal em curso, antes da alteração legislativa da Lei nº 11.101/2005 pela Lei nº 14.112/2020.2.** A execu-

8 BRASIL, STJ, Recurso Especial 1.907.397-SP. 1ª Seção. Ministro Relator: Gurgel de Faria. Data de Julgamento: 18.11.2021.

ção fiscal é o procedimento pelo qual a Fazenda Pública cobra dívida tributária ou não tributária, sendo o Juízo da Execução o competente para decidir a respeito do tema. 3. O juízo falimentar, nos termos do que estabelece a Lei nº 11.101/2005, é “indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo”. **4. A interpretação sistemática dos arts. 5º, 29 e 38 da Lei nº 6.830/1980, do Art. 187 do CTN e do Art. 76 da Lei nº 11.101/2005 revela que a execução fiscal e o pedido de habilitação de crédito no juízo falimentar coexistem, a fim de preservar o interesse maior, que é a satisfação do crédito, não podendo a prejudicialidade do processo falimentar ser confundida com falta de interesse de agir do ente público.** 5. Para os fins do Art. 1.039 do CPC, firma-se a seguinte tese: “É possível a Fazenda Pública habilitar em processo de falência crédito objeto de execução fiscal em curso, mesmo antes da vigência da Lei nº 14.112/2020 e desde que não haja pedido de constrição no juízo executivo”. 6. Recurso especial provido.

Confira-se, ademais, o teor do enunciado XI do Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, aprovado em 10.12.2019: “a opção da Fazenda Pública pela habilitação do crédito tributário na falência, não exige extinção do processo de execução fiscal, desde que comprovada a suspensão em face da falida”.

Mais recentemente, com a instituição legal do incidente de classificação de crédito público, a Fazenda Pública passou a fruir de uma trilha própria para verificação de seus créditos em falência, amoldada às particularidades da natureza do crédito público.

Nesse contexto, para as falências decretadas a partir de 23.1.2021, cumpre ao juízo universal, em complemento à intimação eletrônica prevista no Art. 99, inc. XIII⁹, da Lei nº 11.101/2005, instaurar *ex officio*

9 Lei nº 11.101/2005. Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: [...]

XIII - ordenará a intimação eletrônica, nos termos da legislação vigente e respeitadas as prerrogativas funcionais, respectivamente, do Ministério Público e das Fazendas Públicas federal e de todos os Estados, Distrito Federal e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, para que tomem conhecimento da falência.

o referido incidente, para cada uma das Fazendas Públicas credoras, determinando a sua intimação para, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentar “a relação completa de seus créditos inscritos em dívida ativa, acompanhada dos cálculos, da classificação e das informações sobre a situação atual”.

Ao aproximar as Fazendas Públicas do rito falimentar, o incidente de classificação de crédito público é instrumento notoriamente disruptivo, representando a culminância, até aqui, do processo de aprimoramento dos instrumentos de verificação de créditos públicos em falência e merecendo considerações críticas, que passam a ser vertidas no tópico a seguir.

3. CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS ACERCA DO INCIDENTE DE CLASSIFICAÇÃO DE CRÉDITO PÚBLICO

O incidente de classificação de crédito público, disciplinado no Art. 7º-A da Lei nº 11.101/2005, possui aspectos jurídicos materiais e processuais dignos de nota, os quais implicaram uma inadiável necessidade de reinvenção do modo como a Fazenda Pública participa de processos falimentares.

Antes do mais, consigne-se que, ainda que haja discussão doutrinária quanto à possibilidade de instituição do incidente por lei ordinária e o eventual conflito com normas gerais de direito tributário, parece-nos que não houve qualquer eiva de inconstitucionalidade no delineamento do incidente diretamente na Lei nº 11.101/2005.

Isso porque se tem uma norma processual que se limita a sistematizar o procedimento de verificação dos créditos públicos em falência, sem lhes amesquinhar as preferências e as garantias previstas no CTN, inclusive preservando no Juízo da execução fiscal a discussão judicial quanto a matérias que tocam as normas gerais de direito tributário.

Nessa senda, busque-se a lição dos especialistas (SANTOS, 2025):

O Art. 7º-A da Lei nº 11.101/2005, incluído pela Lei nº 14.112/2020, ao criar o incidente de classificação do crédito tributário na falência não dispôs sobre crédito tributário, suas ga-

rantias e privilégios, mas sobre meio para viabilizar a satisfação do crédito tributário, concernente aos tributos e multas tributárias de titularidade da Fazenda Pública. Trata-se, portanto, de matéria de natureza processual, sujeita à competência privativa do legislador ordinário federal (Constituição da República, Art. 22, I). O que se fez, foi afastar a execução fiscal como o meio adequado para satisfação do crédito tributário, nos casos em que o sujeito passivo da obrigação tributária é falido.

Avançando para considerações críticas sobre o incidente, inicialmente é destacável a determinação normativa de que ele seja instaurado **de ofício** para cada uma das “Fazendas Públicas credoras” da massa falida, sendo que tal conceito é esmiuçado, em interpretação autêntica, pelo próprio legislador. Vale dizer, nos termos do Art. 7º-A, §1º, da Lei nº 11.101/2005, “considera-se Fazenda Pública credora aquela que conste da relação do edital previsto no §1º do Art. 99 desta Lei, ou que, após a intimação prevista no inciso XIII do **caput** do Art. 99 desta Lei alegue nos autos, no prazo de 15 (quinze) dias, possuir crédito contra o falido”.

Com a nova sistemática legal, pode-se concluir que há uma iniciativa compartilhada na propulsão inicial do incidente. Se a instauração formal compete ao juízo falimentar, é certo que a Fazenda Pública, quando devidamente intimada da sentença de quebra, necessita estar atenta para tornar patente nos autos a sua condição de credora, mormente se não figurar na relação inicial de credores.

Esse movimento inicial de participação das Fazendas Públicas em falências, preparatório ao incidente de classificação de crédito público, é detalhado pela doutrina (CAMPINHO, 2021):

Assim é que será considerada Fazenda Pública credora aquela que constar da mencionada relação de credores, ou que, após a intimação para que tome conhecimento da falência, alegue, no prazo de quinze dias, deter crédito contra o falido. Em outros termos, Fazendas Públicas credoras são aquelas Fazendas Públicas que constarem da aludida relação e aquelas que promoverem a comunicação do montante de seus créditos por esse método especial, que se pode nominar de participação fazendária na falência ou, simplesmente, de habilitação fazendária, assim enten-

dida como o ato ou o efeito de participar do processo falimentar.

Em relação ao conceito legal de “Fazenda Pública credora”, vale destacar que, salvo melhor entendimento, o escopo do legislador não foi promover uma exclusão peremptória da verificação de créditos de entes públicos que eventualmente se quedem inertes na fase inicial da falência.

Isso porque a norma precisa ser interpretada em conjunto com o §2º do Art. 7º-A da Lei nº 11.101/2005, que prevê a possibilidade de informação superveniente (após o prazo de 30 dias para apresentação de relação creditícia) de créditos “não definitivamente constituídos, não inscritos em dívida ativa ou com exigibilidade suspensa”, de modo que não se há de imputar inércia à Fazenda Pública que venha a se constituir como credora da falida posteriormente à decretação da falência.

Nessa toada, traga-se à baila, uma vez mais, a lição doutrinária acerca do conceito legal de Fazenda Pública credora da massa falida (VERÇOSA, 2022):

Ou seja: não se trata de qualquer Fazenda Pública, mas do órgão do Executivo que, efetivamente, esteja relacionado com a falência em questão. A princípio, parece que o legislador protege o falido contra eventuais novos créditos (fiscais, trabalhistas etc.) que sejam criados após a publicação do edital com a lista de credores verificados.

Todavia, o novo Parágrafo 2º de referido artigo esclarece essa questão, sendo que os créditos não definitivamente constituídos, não inscritos em dívida ativa ou com exigibilidade suspensa poderão ser informados em momento posterior. Ou seja: não há grandes limitações para que a Fazenda Pública, mesmo que não participante da lista de credores quando da publicação do edital pelo juiz, passe a incluir seu crédito na lista de créditos verificados.

Outro aspecto digno de relevo é a possibilidade de que o incidente de classificação de crédito público tenha caráter exclusivamente administrativo, isto é, que a relação de créditos públicos seja encaminhada diretamente à Administração Judicial, conforme autorizado pela cabeça

do Art. 7º-A da Lei nº 11.101/2005 (“apresente **diretamente ao administrador judicial** ou em juízo”), resultando em acolhimento integral, ainda na fase administrativa de verificação de créditos, dos valores e das classificações dos créditos informados pela Fazenda Pública.

Tal sistemática – encaminhamento de relação de créditos diretamente à Administração Judicial – já tem sido incorporada em diversas sentenças de decretação de falência prolatadas por varas de competência empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo e, a nosso ver, vai ao encontro das melhores diretrizes de gestão judiciária, ao desafogar os acervos dos Juízos universais em casos não litigiosos ou cuja litigiosidade possa ser endereçada por meio de comunicações extraprocessuais simples.

Sobre a pertinência do incidente administrativo, anota a melhor doutrina (SACRAMONE, 2021):

Ainda que determine a instauração do incidente processual, com prazo de 30 dias, o Art. 7º-A assegura a possibilidade de a habilitação de crédito ser direcionada ao administrador judicial a depender do momento processual. A redação do *caput* do dispositivo legal, de difícil compreensão, deve ser interpretada como uma possibilidade de a Fazenda pretender a habilitação ou a divergência administrativa dos créditos, perante o administrador judicial.

Para além disso, merece reflexão também a (im)possibilidade de aplicação do *iter* previsto no Art. 7º-A da Lei nº 11.101/2005 a falências decretadas anteriormente à vigência da Lei nº 14.112/2020.

Uma análise mais formalista da questão de direito intertemporal pode propender a desabonar aprioristicamente a instauração do incidente em casos de sentença de quebra prolatada anteriormente a 23.1.2021.

Contudo, não parece ser essa a interpretação mais condizente com o microssistema da Lei nº 11.101/2005. Sendo o incidente de classificação de crédito público um reforço à segurança jurídica e à sistematicidade da apuração de valores devidos pela massa falida às Fazendas Públicas no contexto de busca de observância da paridade entre diversos credores, a sua aplicação para falências anteriores à vigência da reforma da Lei nº 11.101/2005, especialmente em casos em que se

esteja diante de créditos públicos vultosos e inscritos em dívida ativa de modo esparso, entremostra-se não apenas juridicamente viável (aplicação imediata de norma procedimental a processos em curso, na forma do Art. 14 do CPC/2015), como também recomendável para o melhor gerenciamento da formação da massa falida dita subjetiva.

Sobre a problemática, convém salientar o precedente firmado pela 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo quando do julgamento do Agravo de Instrumento 2219573-40.2022.8.26.0000¹⁰. Na oportunidade, decidiu-se pelo cabimento de instauração de incidente de classificação de crédito público atrelado a falência regida pelo Decreto-Lei nº 7.661/45 (antigo diploma de regência das falências no direito brasileiro):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão de primeira instância que autorizou a distribuição de incidente de classificação de crédito público, na forma do Art. 7-A da Lei nº 11.101/05, embora a falência seja regida pelo Decreto-lei nº 7.661/45, com vistas a conceder maior celeridade e racionalidade à verificação dos créditos fiscais da falida. Pleito de reforma. Não acolhimento. Embora no caso concreto a falência seja regida pelo Decreto-lei nº 7.661/45, o que, a princípio, afasta a aplicação da Lei nº 11.101/05 (LRF) e suas alterações, nada obsta a aplicação subsidiária desta quando: i) omissa o Decreto-Lei nº 7.661/45; ii) quando não omissa o Decreto-Lei nº 7.661/45, não traga ele disposições específicas sobre a questão a ser tratada; iii) quando sua aplicação estiver em consonância ao melhor interesse dos credores e até da própria falida. Questão específica que demanda a aplicação da Lei nº 11.101/05 (LRF), pois consonância ao melhor interesse dos credores e até da própria falida. **Recurso não provido.**

Vale, entremontes, anotar que a instauração do incidente para falências anteriores à vigência da Lei nº 14.112/2020 deve respeitar a coisa julgada e o ato jurídico perfeito eventualmente formalizados no anterior processamento de outros incidentes de crédito ou dos próprios autos falimentares. Não seria juridicamente admissível, por exemplo, pretender reverificar créditos públicos que já estão alcançados por sen-

10 BRASIL, TJSP, Agravo de Instrumento 2219573-40.2022.8.26.0000. 3ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Schmitt Corrêa. Data de Julgamento: 07.03.2023.

tenças de mérito transitadas em julgado em sede de incidentes de crédito anteriores.

Outro ponto de subida importância é a divisão de competência material entre os juízos da falência e da execução fiscal, estabelecida nos incisos I e II, do §4º, do Art. 7º-A da Lei nº 11.101/2005, no que diz respeito aos limites para análise do crédito público.

Com efeito, de acordo com a disposição legal expressa, ao juízo falimentar competirá deliberar sobre “os cálculos e a classificação dos créditos para os fins do disposto nesta Lei, bem como sobre a arrecadação dos bens, a realização do ativo e o pagamento aos credores”. Em contrapartida, ao juízo da execução fiscal caberá a decisão sobre “a existência, a exigibilidade e o valor do crédito”, bem assim sobre o “eventual prosseguimento da cobrança contra os corresponsáveis”.

Veio em boa hora a deliberação do legislador reformista, considerada a acesa controvérsia jurídica que havia – em sede de habilitações de crédito público pretéritas –, quanto aos limites da competência do juízo falimentar para se debruçar sobre o crédito postulado pela Fazenda Pública, especialmente quando se cuidava de incursionar sobre os institutos da prescrição (material ou intercorrente) e decadência tributárias, cujas normas específicas de regência usualmente refogem ao cotidiano das varas estaduais empresariais.

Nesse sentido, a questão ficou muito mais às claras com a edição da Lei nº 14.112/2020, que designou ao juízo falimentar as matérias que justamente tangenciam a necessidade de ajustar o crédito público, no plano da eficácia, ao concurso material de credores (cálculos e classificação). Com isso, remanesce ao Juízo da execução fiscal a faceta genuinamente fiscal da apreciação do crédito público (existência, exigibilidade, valor e viabilidade de cobrança em face de corresponsáveis), além do que praticamente se esvazia o risco de conflito de competência entre os Juízos.

Confirmando a distribuição de competência material operada pelo legislador, decidiu o STJ, quando do julgamento do REsp 2.041.563/SP¹¹, nos seguintes termos (grifos nossos):

11 BRASIL, STJ, Recurso Especial 2.041.563-SP. 3ª Turma. Ministro Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 24.05.2024.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. JUÍZO FALIMENTAR. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. PRESCRIÇÃO. COMPETÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. CONFIGURAÇÃO. ACÓRDÃO. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONSONÂNCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. [...]

3. A Lei nº 14.112/2020, que introduziu o Art. 7º-A, § 4º, II, a Lei nº 11.105/2005, instituiu incidente de classificação de créditos públicos e, expressamente, definiu a competência do juízo da execução fiscal para decidir acerca da exigibilidade e, portanto, prescrição, dos créditos públicos. 4. A interpretação dada pela Corte Superior quanto à exceção ao princípio de estabilização da demanda - *perpetuatio jurisdictionis* - para os casos de modificação de competência absoluta limita a sua aplicação aos processos sem sentença de mérito. Precedentes. [...] (STJ - REsp 2.041.563-SP, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 21/05/2024, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/05/2024).

Noutro precedente de altíssima relevância no assunto, o Tribunal da Cidadania definiu como marco temporal, para aplicação da norma plasmada no Art. 7º-A, §4º, II, da Lei nº 11.101/2005, o momento da prolação da sentença, ainda que realizada em habilitação de crédito protocolada anteriormente à vigência da Lei nº 14.112/2020. Com efeito, colha-se a decisão monocrática do Ministro Francisco Falcão no julgamento do REsp 2.129.482-SP¹² (destaques nossos):

A Lei nº 11.101/2005, com as alterações promovidas pela Lei nº 14.112/2020, por outro lado, tratou do tema expressamente, dispondo acerca da divisão de competências entre o juízo falimentar e o juízo da execução fiscal: [...]

Está expressamente consignado, portanto, no texto legal, que a decisão quanto à exigibilidade do crédito – o que inclui a análise de prescrição – é competência do juízo da execução fiscal. Em verdade, à vista das disposições legais, a competência do juízo falimentar limita-se à decisão sobre cálculos e classificação dos

12 BRASIL, STJ, Recurso Especial 2.129.482-SP. Decisão Monocrática. Ministro: Francisco Falcão. Data de Julgamento: 23.04.2025.

créditos, bem como sobre arrecadação de bens, realização do ativo e pagamentos de credores. [...]

O próprio Código de Processo Civil ressalva da regra da estabilização da demanda a modificação superveniente de competência absoluta, o que, na linha da jurisprudência desta Corte, enseja o deslocamento dos autos na hipótese de não existir sentença de mérito na data de vigência da nova lei.

Na hipótese dos autos, o pedido de habilitação foi formulado em 1/7/2015 (fl. 5), e a sentença prolatada em 22 de novembro de 2021, isto é, quando já estava em vigor a norma do Art. 7º-A, §4º, II, da Lei nº 11.101/2005, incluído pela Lei nº 14.112/2020, que alterou regra de competência material.

Nesse sentido, quando prolatada a sentença que reconheceu a prescrição para cobrança do crédito tributário, o juízo estadual falimentar era absolutamente incompetente para o feito, na medida em que a lei federal confere ao juízo da execução fiscal tal competência, assistindo razão, no ponto, à Fazenda Nacional em sua pretensão recursal.

Trabalhando com noções didáticas para elucidar essa divisão de competência, exara Clélio Gomes (2021):

Um critério didático para discernir a competência do Juízo falimentar e do Juízo fazendário é o da natureza da causa. Quando se tratar de matéria de conhecimento (cognição), como a existência, a exigibilidade e o valor do crédito, a competência será do Juízo fazendário. Quando se tratar de matéria de execução ou cumprimento de sentença, como cálculo e classificação do crédito, a competência será do Juízo falimentar.

É exatamente a causa de natureza cognitiva que está excepcionada no Art. 76 da Lei, posto que a execução (liquidação do patrimônio e pagamento aos credores) ocorrerá somente em um lugar único e indivisível: o processo de Falência, perante o Juízo falimentar.

Diretamente relacionado a essa previsão está o afastamento legal da imputação de ônus de sucumbência no processamento do incidente (Art. 7º-A, §8º). Deveras, se o escopo do incidente é consolidar, de modo célere e unificado, o ajuste do crédito público aos ditames da

legislação de insolvência empresarial, pode-se concluir que não se trata de sede apropriada para descortinar litigiosidade apta a justificar a sucumbência.

No ensejo, é pertinente chamar ao debate o sempre didático pensamento de comentarista do Art. 7º-A, §8º da Lei nº 11.101/2005 (SCALZILLI, 2023):

A justificativa para a inexistência de condenação em honorários de sucumbência no incidente de classificação de crédito público estaria no fato de a competência do juízo falimentar estar limitada aos cálculos e classificação do crédito público. Eventual discussão da massa falida acerca do crédito propriamente dito será realizada no âmbito da execução fiscal, podendo gerar em seu favor, se vencedora a tese de defesa da massa, a condenação em honorários sucumbenciais.

O raciocínio faz algum sentido e dialoga com a competência bipartida entre juízo da recuperação judicial e juízo da execução fiscal, cuja base de sustentação é a limitação da amplitude da cognição no juízo universal.

Em relação à convivência paralela entre a execução fiscal e a verificação do crédito exequendo em incidente falimentar, é digno de encômios o legislador reformista, ao optar pela suspensão das execuções fiscais, nos termos do Art. 7º-A, §4º, inc. V da Lei nº 11.101/2005.

Outrora a questão chegou a ser bastante tormentosa, exigindo súmula de corte superior para melhor orientação quanto aos destinos jurídicos de execuções fiscais contra falidos. Os termos em que essas execuções poderiam ou deveriam prosseguir foram objeto de alguma controvérsia até a cristalização do entendimento de sujeição da Fazenda Pública ao concurso material falimentar (regra geral de necessidade de transferência à falência do resultado de alienação de bens penhorados).

O sobredito dispositivo encerra o repertório hermenêutico sobre o tema, anunciando, como contraponto à instauração do incidente de classificação de crédito público, que “as execuções fiscais permanecerão suspensas até o encerramento da falência, sem prejuízo da possibilidade de prosseguimento contra os corresponsáveis”. Dessa forma,

reafirma-se a logicidade do avanço de atos constritivos em execução fiscal exclusivamente em face de credores corresponsáveis solventes (não falidos).

Ponderando sobre o tópico, Fábio Ulhoa Coelho (2021) pontua:

Em razão, assim, da sujeição do crédito tributário ao concurso falimentar, a instauração deste suspende também o curso das execuções fiscais. Há somente uma diferença, em relação às demais execuções movidas por credores do concurso, que diz respeito ao ato judicial, praticado no processo de falência, que deflagra a suspensão da execução individual. Para a generalidade dos credores, a decretação da falência já determina a suspensão, mas, para o credor tributário, o ato determinante é a instauração do incidente de classificação de crédito público (Art. 7º-A, §4º, V).

Mesmo que a Fazenda não se manifeste no prazo de 30 dias seguintes à intimação eletrônica, a simples instauração do incidente de classificação de crédito público já tem o efeito de suspender a execução fiscal. Se o credor fazendário, uma vez intimado do incidente, requerer na execução fiscal qualquer ato que leve ao seu seguimento, caberá ao administrador judicial peticionar ao juiz da execução, comunicando a instauração do incidente de classificação de crédito público na falência.

Perceba-se, ainda, que a suspensão das execuções fiscais, até o encerramento do processo falimentar, é corolário automático da instauração do incidente previsto no Art. 7º-A da Lei nº 11.101/2005, de sorte que, ressalvadas situações excepcionais em que haja razão para suspeitar de violação ao concurso material, não há sentido em exigir amplamente da Fazenda Pública, em todo e qualquer incidente de classificação de crédito público, a prova da suspensão das execuções fiscais. Essa exigência presume a violação ao Art. 7º-A, §4º, inc. V da Lei nº 11.101/2005 e termina por gerar óbice à razoável duração do incidente.

Albergando esse espírito de racionalização documental do incidente, já decidiu a 1ª Câmara de Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, quando da análise do Agravo de Instrumento 2331433-75.2024.8.26.0000¹³, no sentido da desnecessidade

13 BRASIL, TJSP, Agravo de Instrumento 2331433-75.2024.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada

de juntada de documentos, cuja exigência foi reputada não razoável, a exemplo de cópias integrais de processos de execução fiscal e certidões de objeto e pé (realçamos):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCIDENTE DE CLASSIFICAÇÃO DE CRÉDITO PÚBLICO. DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINOU A APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. **CÓPIA DE PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL NÃO ELETRÔNICO E CERTIDÕES DE OBJETO E PÉ.** INSURGÊNCIA DA UNIÃO. NECESSÁRIA A JUNTADA DAS CERTIDÕES DE DÍVIDA ATIVA DOS CRÉDITOS FISCAIS. ART. 7º-A DA LEI N. 11.101/05 E PRECEDENTES. **PRESCINDIBILIDADE DA ANEXAÇÃO DE OUTROS DOCUMENTOS.** RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Acresce que a norma de suspensão das execuções fiscais se sintoniza com o próprio escopo do legislador de utilizar o incidente de classificação de crédito público como sede para racionalização da apuração de valores devidos às Fazendas Públicas que ingressarão no quadro geral de credores da falência. Sendo assim, tem-se uma norma de balizamento da própria conduta da Fazenda Pública na cobrança de seu crédito em face de contribuintes falidos, que busca minimizar eventual efeito multiplicador desregrado oriundo do microssistema de execuções fiscais pátrio.

Discorrendo com muita pertinência sobre essa percepção acerca do dispositivo, Fernando Maia da Cunha e Maria Rita Rebello (2025) ensinam:

Uma vantagem que se observa na suspensão das execuções fiscais em andamento é maior certeza quanto ao crédito da Fazenda Pública habilitado na falência. Isso porque, antes da reforma, a apuração do montante do valor do crédito de cada Fazenda Pública era feita de forma individualizada – ou havia sua habilitação, ou se considerava pedidos individuais de penhoras no rosto dos autos. Havia, assim, maior risco de não serem todos os créditos considerados.

A concentração em um único incidente das questões relacionadas a cada Fazenda Pública, além da suspensão das execuções fiscais em andamento em face da falida, permite melhor organização do processo falimentar, na medida em que traz maior certeza quanto à habilitação do crédito público no processo falimentar e, também, quanto ao seu montante. Trata-se de regra que proporciona, portanto, maior racionalização e organização ao processo, contribuindo, com o juízo falimentar para o seu melhor gerenciamento e, assim, celeridade do feito.

De mais a mais, cumpre atentar para a norma lapidar extraída do Art. 7º-A, §4º, inc. VI da Lei nº 11.101/2005, que preserva a restituição em dinheiro e a compensação de créditos, nos termos dos Arts. 86 e 122 da mesma lei.

Especificamente em relação ao pedido de restituição, é bem de ver que não há qualquer impeditivo legal a que os valores restituíveis devidos à Fazenda Pública pela massa falida – especialmente em decorrência da hipótese legal gravada no Art. 86, inc. IV da Lei nº 11.101/2005¹⁴ – sejam informados diretamente no incidente de classificação de crédito público, à guisa de crédito extraconcursal, com apresentação de fatos e documentos que amparem o caráter restituível da verba.

A *ratio* que se depreende do Art. 7º-A, §4º, inc. VI da Lei nº 11.101/2005 é no sentido de que não houve revogação do direito material à restituição devida às Fazendas Públicas, podendo o incidente de classificação de crédito público abrigar a pretensão de fazer valer esse direito. Além disso, a exigência, essencialmente burocrática, de formalização, em apartado ao incidente, de pedido de restituição representaria frontal vulneração ao princípio da economia processual insculpido no Art. 75, §1º da Lei nº 11.101/2005¹⁵.

14 Lei nº 11.101/2005. Art. 86. Proceder-se-á à restituição em dinheiro: [...]

IV - às Fazendas Públicas, relativamente a tributos passíveis de retenção na fonte, de descontos de terceiros ou de sub-rogação e a valores recebidos pelos agentes arrecadadores e não recolhidos aos cofres públicos.

15 Lei nº 11.101/2005. Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a: [...]

§1º O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual, sem prejuízo do contraditório, da ampla defesa e dos demais princípios previstos na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

Mais um tópico merecedor de atenção concerne à inaplicabilidade da norma decadencial do Art. 10, §10 da Lei nº 11.101/2005¹⁶ ao incidente de classificação de crédito público.

É bem certo que o triênio decadencial, contado da publicação da sentença de quebra, para apresentação de habilitações e reservas de crédito, surgiu em sintonia com o espírito salutar da Lei nº 14.112/2020 de imprimir celeridade à liquidação da empresa inviável e à realocação de ativos em novos empreendimentos econômicos, intentando-se evitar que processos de falência se alonguem por anos a fio.

Contudo, a norma decadencial não deve ser aplicada ao incidente de classificação de crédito público por diversas razões jurídicas. Em primeiro lugar, a estipulação de regras gerais decadenciais ao crédito tributário (e – por extensão legal – ao crédito público inscrito em dívida ativa) deve se abeberar em lei complementar, nos termos do Art. 146, inc. III, *b*, da Constituição Federal¹⁷. Em segundo lugar, sendo a instauração do incidente um ato formal, praticado de ofício pelo Juízo universal, a eventual aplicação da norma decadencial no caso redundaria, em última instância, em apenar a Fazenda Pública por demora imputável ao Poder Judiciário. Em terceiro lugar, tem-se que a consequência para eventual inércia da Fazenda Pública durante a verificação de seus créditos na falência já está regulamentada no Art. 7º-A, §5º, da Lei nº 11.101/2005¹⁸, ao prever o arquivamento provisório dos autos, e não a extirpação da possibilidade de cobrança da verba pública.

16 Lei nº 11.101/2005. Art. 10. Não observado o prazo estipulado no art.7º, §1º, deste Lei, as habilitações de crédito serão recebidas como retardatárias. [...]

§10. O credor deverá apresentar pedido de habilitação ou de reserva de crédito em, no máximo 3 (três) anos, contados da data de publicação da sentença que decretar a falência, sob pena de decadência.

17 Constituição Federal. Art. 146. Cabe à lei complementar: [...]

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...]

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

18 Lei nº 11.101/2005. Art. 7º-A. Na falência, após realizadas as intimações e publicado o edital, conforme previsto, respectivamente, no inciso XIII do caput e no § 1º do art. 99 desta Lei, o juiz instaurará, de ofício, para cada Fazenda Pública credora, incidente de classificação de crédito público e determinará a sua intimação eletrônica para que, no prazo de 30 (trinta) dias, apresente diretamente ao administrador judicial ou em juízo, a depender do momento processual, a relação completa de seus créditos inscritos em dívida ativa, acompanhada dos cálculos, da classificação e das informações sobre a situação atual. [...]

§5º Na hipótese de não apresentação da relação referida no caput deste artigo no prazo nele estipulado, o incidente será arquivado e a Fazenda Pública credora poderá requerer o desarquivamento, observado, no que couber, o disposto no art. 10 desta Lei.

Debruçando-se de modo percuciente sobre a questão, registram Roberta Barcia e João Souza (2025):

Como visto, para além da exigência de lei complementar a disciplinar a decadência do crédito tributário, a diferença entre o regime da habilitação comum e o regime do ICCP é significativa. Enquanto a habilitação do Art. 7º segue prazos objetivos e possui uma estrutura procedimental bem delimitada, o ICCP é instaurado de ofício e sua adesão é facultativa para a Fazenda Pública. Esse aspecto fortalece o entendimento de que o prazo decadencial do artigo 10, §10, não pode ser aplicado ao ICCP, pois não há um marco temporal definido que permita a contagem do prazo. [...]

Um argumento adicional que reforça a inaplicabilidade do prazo decadencial do Artigo 10, §10, ao crédito público, no âmbito do Incidente de Classificação de Crédito Público (ICCP), decorre da leitura do §5º do Artigo 7º-A da Lei nº 11.101/2005. O referido dispositivo prevê que, na hipótese de a Fazenda Pública não apresentar, no prazo estipulado, a relação de créditos inscritos em dívida ativa, o incidente será simplesmente arquivado, podendo ser desarquivado a qualquer tempo mediante requerimento. Ou seja, a consequência da inércia da Fazenda não é a perda do direito, mas apenas o arquivamento formal do incidente, sem qualquer efeito extintivo ou preclusivo.

Por fim, quadra realçar o esforço legislativo de arquitetar, nos incisos do Art. 7º-A, §3º da Lei nº 11.101/2005, um rito contraditório na apuração do crédito público, respeitando-se a competência material do Juízo da execução fiscal, a depender das matérias suscitadas no incidente.

Transcorrido o trintídio inicial com a apresentação oportuna da relação de créditos pela Fazenda Pública, abre-se prazo de 15 (quinze) dias para que o falido, os demais credores e o Administrador Judicial eventualmente manifestem objeções “sobre os cálculos e a classificação para os fins desta Lei” (inciso I). Ato contínuo, em havendo objeções, abre-se prazo de 10 (dez) dias para que a Fazenda Pública apresente esclarecimentos a respeito das objeções (inciso II).

Depois desse possível contencioso, materialmente limitado, os pleitos vertidos no incidente devem ser julgados observando-se outras

duas regras processuais: i) deve-se formalizar a reserva cautelar dos créditos controvertidos até o julgamento definitivo do incidente (inciso III); e ii) para os créditos incontroversos, desde que exigíveis, em linha com a norma prevista no Art. 356, inc. I do CPC/2015, há regra especial de julgamento antecipado parcial do mérito, com determinação de imediata inclusão no quadro geral de credores da falência (inciso IV).

Finalizando o procedimento, há norma expressa determinando que o Juízo universal, anteriormente à homologação do quadro geral de credores, abra prazo comum de 10 (dez) dias à Fazenda Pública titular de crédito reservado e ao Administrador Judicial, a fim de que se manifestem sobre a situação atualizada desse crédito (inciso V). Esse comando é absolutamente oportuno na medida em que funciona como elo entre os trâmites da verificação geral de créditos nos autos principais da falência e da verificação específica de créditos públicos nos incidentes do Art. 7º-A da Lei nº 11.101/2005. Dessa forma, ainda que, no plano teórico, o incidente presumivelmente deva ser encerrado antes da versão definitiva do quadro geral de credores, o legislador externou preocupação válida em conferir voz ativa às Fazendas Públicas na fase processual preparatória à estabilização da relação de créditos por meio de homologação judicial.

A título de arremate, vertidas as considerações acerca do incidente de classificação de crédito público, sem qualquer pretensão de exaurimento do fecundo tema, nada obstante os vindouros aprimoramentos práticos que certamente virão a partir do debate acadêmico e forense, pode-se reputar o novo instituto como um significativo avanço na verificação dos créditos públicos em falência, merecedor de diuturna atenção por parte dos *stakeholders* do concurso universal, especialmente das Procuradorias Fazendárias.

4. UMA VISÃO PRAGMÁTICA SOBRE O INCIDENTE DE CLASSIFICAÇÃO DE CRÉDITO PÚBLICO

Mais do que um ponto de aperfeiçoamento jurídico do microsistema de insolvência empresarial da Lei nº 11.101/2005, o estabelecimento do incidente de classificação de crédito público tem potencial para representar, em todas as esferas federativas, uma virada signifi-

va na política pública de cobrança de créditos em face de contribuintes falidos.

A partir do momento em que se passa a intimar regularmente a Fazenda Pública no rito falimentar e se institui uma trilha especializada e juridicamente segura para a verificação dos créditos públicos na falência, abre-se uma perspectiva completamente nova de atuação processual dos entes públicos diante de seus devedores insolventes.

As Procuradorias fazendárias passam a ser instadas a ocupar mais proativamente o espaço que lhes é pertinente no concurso universal, donde podem enxergar as massas falidas sob o pálio do quadro concreto da crise empresarial, movimento inclusive salutar para a racionalização dos esforços à luz de perspectivas reais de recebimento do crédito público, bem como para o encaminhamento de possíveis soluções consensuais de equacionamento fiscal, a exemplo da transação tributária.

Em adição, do ponto de vista de gestão judiciária, com a sobrevida da norma do Art. 7º-A, §4º, V da Lei nº 11.101/2005, desafoga-se o microssistema de execuções fiscais brasileiro no que respeita às cobranças exclusivamente em face de falidos. Não se pode olvidar que, segundo o relatório do CNJ “Justiça em Números – 2024”¹⁹, “historicamente, as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário”, havendo um total de 26,4 milhões de execuções fiscais pendentes no Poder Judiciário brasileiro, com taxa média de congestionamento de 87,8%.

Nessa conjuntura, num olhar macroscópico para além dos processos individualizados, a alternativa do processamento do incidente de classificação do crédito público parece também ser a escolha mais responsável e pragmática enquanto estratégia de recuperação de créditos públicos em face de contribuintes falidos.

Dentro dessa perspectiva pragmática sobre o incidente, pontua a doutrina (ESTEVEZ, 2025):

Embora exista previsão legal sobre o concurso entre credores tributários, não é habitual que a União receba valor relevante para a satisfação do seu crédito em falências. Da situação narra-

19 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2024. Brasília: CNJ, 2024.

da derivam inúmeras falências em que os credores fazendários seguiam promovendo execuções fiscais, por força de lei, com dezenas ou centenas de procedimentos em andamento para almejar algum bem do devedor por uso fracassado das penhoras no rosto dos autos.

O credor fiscal ficava com o ônus de movimentar a máquina do Judiciário de forma desnecessária, com todos os custosos atos inerentes ao devido processo legal, para ao final simplesmente constar na relação de credores por valores em mecanismos que jamais seriam úteis por insuficiência de ativos. No final, cada citação ou penhora no rosto dos autos era uma oportunidade para que o devedor pudesse se opor ao crédito constituído por eventual excesso praticado. [...]

Frente a todos os embaraços habituais de tramitação individual de execuções fiscais com absoluta ineficiência, houve a solução que não fere diretamente regra de Lei Complementar e alcança alternativa viável à disposição do credor fazendário.

Nesse diapasão, em arremate, pode-se compreender o incidente de classificação de crédito público também como uma profunda mudança de paradigma relativamente à *práxis* da cobrança do crédito público em face de devedores falidos, que privilegia a realidade posta da crise empresarial em detrimento de rotinas repetitivas acríticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, resulta clara, a partir da edição da Lei nº 14.112/2020, a pretensão legislativa de ressignificar a verificação de créditos públicos em falência, bem como a própria participação das Fazendas Públicas no concurso universal de credores.

No que se refere ao caráter formal do concurso, a criação do incidente de classificação de crédito público, disciplinado no Art. 7º-A da Lei nº 11.101/2005, trouxe mais organização e sistematicidade ao procedimento, em sentido lato, de trânsito dos créditos públicos ao quadro de credores do processo falimentar, reunindo esse mister numa única instância processual.

Isso não bastasse, o desenho normativo do incidente propiciou maior segurança jurídica tanto à atuação processual das Fazendas Pú-

blicas na cobrança de seus créditos em face de pessoas empresárias insolventes quanto à condução do processo falimentar pelo Juízo universal, estabelecendo um genuíno microssistema de apuração de créditos públicos na Lei nº 11.101/2005, com regras pertinentes acerca de questões fundamentais como o gerenciamento de execuções fiscais contra falidos, divisão de competências jurisdicionais materiais para apreciação do crédito público e modelagem do contraditório na verificação do crédito sujeito a regime jurídico de direito público.

Desse modo, pode-se concluir que o incidente de classificação de crédito público veio a preencher um *locus* normativo e procedimental na Lei nº 11.101/2005 que deve ser doravante burilado pela praxe forense e se fazia inadiável diante das idas e vindas do debate doutrinário e jurisprudencial acerca do grau de submissão e participação das Fazendas Públicas nos concursos falimentares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCIA, Roberta de Oliveira; SOUZA, João Marcelo Gaio. A incompatibilidade entre o incidente de classificação do crédito público e o prazo decadencial do Art. 10, §10, da Lei nº 11.101/05. *In*: GROGNET, João Henrique Chauffaille (Org.). Anais do II Congresso Nacional da Dívida Ativa: estratégia, diálogo e transformação. Brasília: Gráfica e Editora Qualyta, 2025, p. 257-274.

CAMPINHO, Sérgio Murilo Santos. Temas relevantes e controvertidos decorrentes da reforma da Lei de Falência e Recuperação de Empresas (Lei nº 14.112/2020). São Paulo: Expressa, 2021, *eBook*.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 15. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, *eBook*.

CUNHA, Fernando Antonio Maia da. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. 2. Ed. Avaré, SP: Editora Contracorrente, 2025, *eBook*.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A fazenda pública em juízo. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GOMES, Clélio. Incidente de classificação de crédito público: a Fazenda Pública na falência. São Paulo: Editora Dialética, 2021, *eBook*.

ESTEVEZ, André. Recuperação de empresas e falência: reflexos da Lei nº 14.112/2020 na doutrina e na jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2025, *eBook*.

MELO FILHO, João Aurino de. Execução Fiscal Aplicada: análise pragmática do processo de execução fiscal. 9. Ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

PEREIRA, Matheus Mello. Cobrança do crédito público em face da massa falida. In: COUTINHO, Daniele de Lucena Zanforlin *et al.* Fazenda Pública na recuperação judicial e falência. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, *ebook*.

SANTOS, Paulo Penalva. O crédito tributário na recuperação judicial e na falência. In: SALOMÃO, Luis Felipe *et al.* Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025, *eBook*.

SCALZILLI, João Pedro *et al.* Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005. 4. Ed. São Paulo: Almedina, 2023, *eBook*.

SILVA, Antonio Henrique Côrrea da. Aspectos controvertidos envolvendo o curso paralelo de execução fiscal e falência e a eficácia da autonomia legal existente entre os processos. In: ORLANDO, Breno Ladeira Kingma *et al.* Execução fiscal: aspectos polêmicos na visão de juízes, procuradores e advogados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, *eBook*.

TOMAZETTE, Marlon. Comentários à reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, *eBook*.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Falência e Recuperação de Empresas: Estudo Integrado com a Reforma Introduzida pela Lei nº 14.112/2020. Volume 6. São Paulo: Editora Dialética, 2022, *eBook*.



A PROVA E O CRITÉRIO PESSOAL DA REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA NA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA POR INTERESSE COMUM

The Evidence and Personal Criteria of the Matrix Rule of Incidence in Joint and Several Liability for Common Interest

Natália de Vasconcelos Oliveira Ramos¹

RESUMO: O presente artigo analisa a responsabilidade tributária solidária por interesse comum prevista no Art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN), sob uma perspectiva teórica. Fundamenta-se no construtivismo lógico-semântico, sobre a estrutura lógica das normas jurídicas e a teoria da prova no direito tributário. Além disso, examina-se a estrutura lógica da norma de responsabilidade solidária, com base na regra matriz de incidência, decomposta em hipótese e consequência. Abordam-se as noções gerais de responsabilidade tributária e solidariedade passiva, contextualizando o conceito de interesse comum no fato gerador. Em seguida, discute-se criticamente a interpretação do Art. 124, I, do CTN, ressaltando a necessidade de se entender o interesse comum como vínculo jurídico na realização do fato gerador, e não mero interesse econômico, além de analisar julgados sobre o tema no âmbito do CARF e do Estado de Mato Grosso, contribuindo para embasar a atuação do Fisco na correta indicação do sujeito passivo responsável. Por fim, destaca-se a importância da prova no contexto tributário, demonstrando que a aplicação da responsabilidade solidária exige a comprovação efetiva da participação conjunta no fato gerador, em respeito aos princípios da legalidade estrita, tipicidade e segurança

¹ Procuradora do Estado de Mato Grosso, Mestranda em Direito Tributário pelo IBET Instituto Brasileiro de Estudos Tributários; e-mail: natalia.nvo@gmail.com

jurídica. As reflexões indicam que a interpretação construtivista e a adequada valoração das provas contribuem para delimitar o alcance do Art. 124, I, evitando imputações indevidas de responsabilidade tributária.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade tributária; Interesse comum; Prova.

ABSTRACT: This article analyzes joint tax liability based on common interest, as provided in Article 124, I, of the Brazilian National Tax Code (CTN), from a theoretical perspective. It is grounded in Logical-Semantic Constructivism, focusing on the logical structure of legal norms and the theory of evidence in tax law. Furthermore, it examines the logical structure of the joint liability rule, based on the tax incidence rule decomposed into hypothesis and consequence. General notions of tax liability and joint liability are addressed, contextualizing the concept of common interest in the taxable event. The article then critically discusses the interpretation of Article 124, I, of the CTN, emphasizing the need to understand common interest as a legal bond in the realization of the taxable event, and not as a mere economic interest. It also analyzes case law from the Administrative Tax Court (CARF) and from the State of Mato Grosso, contributing to guide the tax authorities in the correct identification of the liable taxpayer. Finally, it highlights the importance of evidence in the tax context, showing that the application of joint liability requires effective proof of joint participation in the taxable event, in compliance with the principles of legality, typicity, and legal certainty. The reflections indicate that a constructivist interpretation and proper assessment of evidence help to delimit the scope of Article 124, I, avoiding undue imputations of tax liability.

KEYWORDS: Tax liability; Common interest; Evidence.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade tributária define as situações em que um sujeito responde pela obrigação tributária, seja na condição de contribuinte ou de responsável. O Código Tributário Nacional estabelece, em seu Art. 124, inciso I, a figura da responsabilidade solidária por interesse comum no fato gerador da obrigação tributária principal.

Tal dispositivo dispõe que “*são solidariamente obrigadas pelo crédito tributário as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal*”. Trata-se de norma que possibilita ao Fisco exigir o crédito integral de qualquer dos coobrigados, dispensando o benefício de ordem, conforme o parágrafo único do mesmo artigo.

Apesar da redação relativamente genérica do Art. 124, I, do CTN, sua interpretação tem sido objeto de debates doutrinários e jurisprudenciais. A expressão “interesse comum na situação que constitua o fato gerador” apresenta caráter vago e aberto, suscitando questionamentos: quais situações configuram esse interesse comum? Seria suficiente um interesse meramente econômico na realização do fato gerador, ou exige-se um vínculo jurídico específico entre os sujeitos? A resposta a tais indagações é crucial, pois dela depende a delimitação do universo de sujeitos que podem ser solidariamente responsabilizados pelo mesmo tributo.

Uma interpretação irrestrita poderia violar princípios como o da segurança jurídica e da legalidade, ao atribuir obrigação tributária a quem não participou do núcleo do fato gerador.

Para enfrentar essas questões, o presente artigo adota um foco teórico e metodológico embasado no construtivismo lógico-semântico, concepção desenvolvida por Paulo de Barros Carvalho, com esboço em Lourival Vilanova.

Tal abordagem privilegia a análise da linguagem do direito e a decomposição lógica das normas jurídicas em sua estrutura hipotético-condicional. Por meio dela, busca-se compreender a regra de solidariedade do Art. 124, I, do CTN em termos de hipótese de incidência (descriptor fático-normativo) e consequente (vínculo obrigacional), clarificando o significado de “interesse comum” à luz dos critérios lógicos da norma.

Além disso, a investigação apoia-se na doutrina de Fabiana Del Padre Tomé, especialmente em suas reflexões acerca da prova no direito tributário e da estrutura das normas individuais e concretas resultantes do processo de aplicação do Direito.

A autora enfatiza que a efetividade e legitimidade da atuação fiscal dependem de rigorosa certificação probatória dos fatos tributários. Ou seja, tão importante quanto a definição abstrata dos pressupostos da responsabilidade solidária é a demonstração, no caso concreto, de que os requisitos legais foram preenchidos, de que houve participação comum e simultânea dos sujeitos no fato gerador tributário.

A teoria da prova, orientada pelos princípios da legalidade e da tipicidade, mostra-se, assim, indispensável para assegurar que a imputação de responsabilidade solidária por interesse comum ocorra somente quando respaldada em elementos fáticos comprovados e coerentes com a hipótese normativa.

Diante da relevância dessa temática para a comunidade jurídica, a presente pesquisa pretende contribuir para o aprimoramento das discussões sobre a responsabilidade tributária, notadamente a fundada em interesse comum, fomentando, assim, a constante evolução do direito tributário, com base nos princípios e ideais que norteiam o ordenamento e a Constituição Federal.

1. ESTRUTURA LÓGICA DA NORMA JURÍDICA E O CONSTRUTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO

O construtivismo lógico-semântico, que tem como expoentes Lorival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho, propõe que o Direito seja compreendido como um sistema de linguagem, no qual as normas jurídicas podem ser decompostas logicamente em seus elementos constitutivos, com base na teoria filosófica do giro linguístico².

Segundo Paulo de Barros Carvalho³, o giro-linguístico conduz ao abandono de ideais de “verdade absoluta”, sendo o sujeito capaz de construir o real sentido da norma:

“O abandono puro e simples da matriz convencional de recorte cartesiano poderia resvalar para um relativismo exacer-

2 Segundo Tárek Moysés Moussallem, em seu livro “As Fontes do Direito Tributário”, Como a verdade é criada e não descoberta, a filosofia do giro linguístico tende a rechaçar a possibilidade de uma verdade universal e objetiva (2006, p. 17).

3 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2021. p. 164.

bado, representando o perigo de nos movermos em direção ao anarquismo metodológico, sem perspectivas austeras para o projeto científico. Nada obstante, a Filosofia das Ciências continua sua trajetória, cogitando de recursos compatíveis com a produção de paradigmas novos, nos quais se estabeleçam conhecimentos rigorosos, desvencilhados do referencial implacável da “verdade absoluta”, mas habilitados a manter de pé o prestígio do discurso científico nos domínios do saber.”

Vilém Flusser⁴ explicita a necessidade humana por descobrir ordem nas coisas, para dar sentido à própria existência humana. Revela a necessidade da existência de estruturas, que devem ser estáticas e dinâmicas, aptas a servir tanto como sistema de referência, com a fixação de cada aparência dentro de um esquema legal, quanto como sistema de regra, com a coordenação entre as aparências.

Dessa forma, Flusser⁵ afirma que o homem busca descobrir a verdade através da apreensão das aparências em direção à realidade:

(...) podemos vislumbrar através das aparências (fenômenos) aquilo que nelas transparece (*tàonta*). Aquilo que transparece (*os onta*) é compreensível (*são noumena*). A descoberta dos noumena dentro dos fenômenos equivale ao desvendar da verdade (*aletheia* – o descoberto).

Para Fabiana Del Padre Tomé⁶, o construtivismo lógico-semântico pode ser compreendido como “*método de trabalho hermenêutico destinado a delimitar os termos do discurso do direito positivo e da Ciência do Direito para outorgar-lhes firmeza, reduzindo as ambiguidades e vaguidades, tendo em vista a coerência e o rigor da mensagem comunicativa*”.

Aduz que o termo *constructivismo* é utilizado para explicitar a ideia de que há sempre intervenção do sujeito na formação do objeto, sendo certo, ainda, que essa concepção abandona o caráter meramente descritivo da ciência do direito, uma vez que as normas não são

4 FLUSSER, Vilém. *Língua e Realidade*. São Paulo: Annablume, 2010, p. 31.

5 FLUSSER, Vilém. Op. cit, p. 32.

6 TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no direito tributário. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 3.

dadas, de antemão, no ordenamento, mas dependem de uma atividade construtiva, em que se atribui sentido ao texto de lei⁷.

Segundo a autora⁸:

“(...) A norma jurídica, unidade irreduzível de manifestação do deôntico, é, nos dizeres de Lourival Vilanova, uma estrutura lógico-sintática de significação. É a significação construída na mente do intérprete, resultado da leitura dos textos do direito positivo, apresentando a forma de um juízo hipotético. Não se confunde a norma jurídica, portanto, com o texto bruto, na forma como posto pelo legislador. A norma jurídica e, por conseguinte, o sistema do direito positivo, é construído a partir do texto bruto, mas com ele não se confunde. Eis o primeiro ponto distintivo do constructivismo lógico-semântico. Adotado esse método, o cientista do direito não se limita a contemplar o texto de lei, mas efetivamente constrói os sentidos normativos (...)”.

A regra-matriz de incidência tributária, norma geral e abstrata que define a incidência de um tributo, tal como apresentada pelo professor Paulo de Barros Carvalho, apresenta uma estrutura bifásica, tendo a hipótese (antecedente) e o consequente.

O antecedente, segundo o autor, funcionará como descritor de um evento de possível ocorrência no campo da experiência social, sem necessariamente se submeter à validação, assumindo os valores “verdadeiro” e “falso”, no campo ontológico da possibilidade⁹:

“No descritor da norma (hipótese, suposto, antecedente) teremos diretrizes para identificação de eventos portadores de expressão econômica. Haverá um critério material (comportamento de alguma pessoa), condicionado no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial). Já na consequência (prescritor), toparemos com um critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e um critério quantitativo (base de cálculo e alíquota). A conjunção desses dados indicativos nos oferece a possibilidade de exhibir, na plenitude, o núcleo lógico-estrutural da norma-padrão,

7 TOMÉ, Fabiana Del Padre. Op. cit, p.3.

8 TOMÉ, Fabiana Del Padre. Op. cit, p. 4.

9 CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Noeses, 2021. p. 116.

preenchido com os requisitos significativos necessários e suficientes para o impacto jurídico da exação”.

A hipótese normativa contém a descrição dos fatos ou situação-tipo cuja ocorrência, no mundo real, enseja o nascimento da obrigação tributária; o consequente normativo, por sua vez, prescreve os efeitos jurídicos decorrentes dessa ocorrência, notadamente o surgimento do vínculo obrigacional tributário entre sujeito ativo e sujeito passivo, com o dever deste de pagar determinado montante de tributo.

A norma jurídica completa, portanto, é aquela que possui todos os elementos estruturais necessários para sua incidência. Nesse sentido, deve conter tanto a hipótese de incidência, quanto o consequente normativo, estando a sanção prevista neste último elemento da norma.

Para Fabiana Tomé¹⁰, o processo de positivação do direito pode ser assim entendido:

“Denominamos positivação do direito o processo mediante o qual o aplicador, partindo de normas jurídicas de hierarquia superior, produz novas regras, objetivando maior individualização e concretude. Os preceitos de mais elevada hierarquia e, portanto, ponto de partida para o ciclo de positivação, encontram-se na Constituição da República: são as competências tributárias. Com base nesse fundamento de validade, o legislador produz normas gerais e abstratas, instituidoras dos tributos: são as regras-matrizes de incidência tributária, descrevendo conotativamente, em sua hipótese, fato de possível ocorrência, e prescrevendo, no consequente, a instalação de relação jurídica, cujos traços relaciona”.

Segundo Jefferson Viana Filho¹¹, a atribuição de responsabilidade exige norma individual e concreta que permita a responsabilização:

“Faz-se necessário pontuar que a inclusão de uma pessoa na relação jurídica por intermédio da atribuição da responsabilidade tributária necessita da construção de uma norma individual e

10 TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no direito tributário. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 339.

11 VIANA FILHO, Jefferson. Responsabilidade Tributária da Fonte Pagadora no Imposto sobre a Renda Implicações do Art. 61 da Lei nº 8.981/95, 1ª Edição, Editora Noeses, 2024, p. 43.

concreta de responsabilização, na qual, assim como no lançamento comum, o evento que imputa a responsabilidade deverá ser descrito em linguagem protocolar, isto é, em linguagem competente e com as formalidades exigidas pelo direito para que o evento se torne um fato jurídico”.

Conclui-se, portanto, que é fundamental para a atribuição da responsabilidade tributária ao terceiro pelo Fisco, que haja a correta e necessária indicação do antecedente da norma individual e concreta ao fato que atraiu a responsabilidade para o novo sujeito da relação, e no consequente, indique elementos para a caracterização da nova relação tributária.

Dessa forma, o Art. 124, I, do CTN deve ser interpretado como parte integrante do complexo normativo que define quem é sujeito passivo de determinado tributo. Assim, a situação de interesse comum insere-se no critério pessoal da hipótese de incidência.

Se duas ou mais pessoas conjuntamente realizam o fato descrito, então ambas se adequam à descrição normativa de sujeito passivo. Nesse caso, a consequência jurídica incide sobre todas elas simultaneamente, sem benefício de ordem. O dispositivo do CTN vem apenas reafirmar que, ocorrendo tal pluralidade de sujeitos na hipótese, a obrigação será solidária, devendo cada qual responder pela totalidade do débito.

Sob a perspectiva lógico-semântica, portanto, o “interesse comum” não cria um novo fato gerador, mas funciona como uma condição de aplicação da norma de sujeição passiva a uma pluralidade de sujeitos.

O construtivismo lógico-semântico enfatiza ainda a importância de reconhecer que a norma jurídica tributária não se aplica automaticamente, mas requer a intervenção de um sujeito cognoscente que verifica a ocorrência do fato e subsume esse fato à hipótese normativa para então implicar a consequência.

Assim, Viana Filho¹² afirma:

“Tais fatos, indiscutivelmente, deverão estar devidamente provados pelo órgão “acusador” fazendário, não podendo o ônus

12 VIANA FILHO, Jefferson. Responsabilidade Tributária da Fonte Pagadora no Imposto sobre a Renda Implicações do Art. 61 da Lei nº 8.981/95. Op. cit, p. 44.

da prova ser invertido para atribuir ao sujeito passivo o fardo de provar a sua inocência, diante de presunções da autoridade fazendária. Constata-se, assim, que a construção da norma individual e concreta não pode estar desacompanhada de provas da ocorrência do fato gerador que justifica a responsabilização de um terceiro, haja vista ser impossível rever o evento, pois ele se exaure no mesmo tempo em que ocorre”.

Tal constatação traz a relevância da prova, como será visto de forma mais aprofundada adiante. Mas, em relação à estrutura normativa, significa que o reconhecimento de coobrigados solidários depende de se provar que o fato se passou tal como descrito na hipótese legal, inclusive no que tange à multiplicidade de sujeitos, respeitando-se a regra-matriz de incidência tributária.

2. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA: NOÇÕES GERAIS ACERCA DA SUJEIÇÃO E SOLIDARIEDADE PASSIVA

A relação jurídica tributária é a prescrição normativa que vincula um sujeito ativo e um sujeito passivo no âmbito do Direito Tributário, mediante a força da incidência da lei. Assim, uma pessoa, chamada de sujeito ativo, passa a ter o direito de exigir de outra, nominada sujeito passivo, o cumprimento de uma obrigação tributária.

Segundo Paulo de Barros Carvalho¹³:

“Eis que o nascimento dos direitos e deveres subjetivos no contexto da relação jurídica também se manifesta por um fato, instaurando-se mediante a formação de um enunciado linguístico, protocolar denotativo. No conseqüente da norma geral e abstrata, não temos ainda o vínculo, apenas os critérios para determiná-lo, isto é, as classes de predicados que a relação deve conter. Somente o enunciado do conseqüente da norma individual e concreta é que aparecerá o fato da relação jurídica, na sua integralidade constitutiva, atrelando os dois sujeitos (ativo e passivo), em torno de uma prestação submetida ao operador deôntico modalizado (O, V e P).

13 CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Noeses, 2021. p. 185.

Adotando-se a teoria da regra matriz de incidência tributária, no antecedente, descreve-se o fato nos aspectos material, espacial e temporal e no consequente, prescreve-se a relação jurídica decorrente do fato em seus aspectos pessoal e quantitativo.

Maria Rita Ferragut¹⁴ esclarece que:

“regra-matriz de incidência tributária é norma jurídica, definida por nós como sendo a significação organizada numa estrutura lógica hipotético-condicional (juízo implicacional), construída pelo intérprete a partir do direito positivo, seu suporte físico. Tem por função regular condutas intersubjetivas.”

O aspecto pessoal aponta os sujeitos ativo e passivo da relação obrigacional tributária que nasce da ocorrência do fato jurídico, sendo o sujeito ativo aquele que está no polo ativo da obrigação tributária e o sujeito passivo é aquele que responde pelo débito atinente à obrigação tributária. Comumente, é o contribuinte que tem relação pessoal e direta com a situação que constitui o respectivo fato jurídico tributário, mas outros podem ser os obrigados ao pagamento do tributo, através da caracterização de norma que atribua responsabilidade.

Nas lições de Ferragut¹⁵, adota-se o conceito de sujeito passivo do professor Paulo de Barros Carvalho, para quem:

“sujeito passivo é a pessoa física ou jurídica, privada ou pública, de quem se exige o cumprimento da prestação: pecuniária, nos nexos obrigacionais; e insuscetível de avaliação patrimonial, nas relações que veiculam meros deveres instrumentais ou formais. É no critério pessoal do consequente da regra-matriz de incidência que colhemos elementos informadores para a determinação do sujeito passivo”.

Na análise da legislação que rege a matéria, verifica-se que o Art. 121 do Código Tributário Nacional dividiu a sujeição passiva nas espécies direta e indireta, respectivamente na figura do contribuinte e na figura do responsável.

14 FERRAGUT, Maria Rita. Responsabilidade Tributária. 2020. 4. Ed. São Paulo: Noeses, 2013, p.5.

15 FERRAGUT, Maria Rita. Op. Cit. p. 7.

É Contribuinte aquele que tem relação direta e pessoal com o fato jurídico. Diz-se pessoal, porque o sujeito participa juridicamente da situação que constitui o fato tributário, e direta, porque é o escolhido pela lei sem qualquer intermediário, em torno de quem os fatos ocorrem.

Caso a lei elenque outra pessoa que não o contribuinte na posição de devedor, tem-se a figura da sujeição passiva indireta ou responsáveis.

Maria Rita Ferragut¹⁶ aduz que o enunciado “responsabilidade tributária” detém mais de uma definição, posto tratar-se de proposição prescritiva, relação e fato. Como proposição prescritiva, é norma jurídica deonticamente incompleta de conduta, que, a partir de um fato não tributário, implica a inclusão do sujeito que o realizou no critério pessoal passivo de uma relação jurídica tributária.

Prossegue afirmando¹⁷ que “*A responsabilidade é proposição que tem o condão de alterar a norma individual e concreta que constituiu o crédito tributário, sempre que esta norma (a de constituição) tiver inicialmente previsto um outro indivíduo como sujeito passivo da relação*”.

Como relação, é possível identificar a responsabilidade como vínculo formado entre o sujeito obrigado e o Fisco, e como fato, é o consequente da proposição prescritiva que indica o sujeito passivo que deve ocupar o polo passivo da relação jurídica.

No campo do direito tributário, a responsabilidade refere-se à obrigação de cumprimento da prestação tributária, seja pelo contribuinte (aquele que realiza diretamente o fato gerador, nos termos do Art. 121, parágrafo único, I, do CTN) ou por terceiro responsável (designado por lei, conforme Art. 121, parágrafo único, II).

A responsabilidade tributária pode ser principal (do contribuinte) ou derivada (de terceiros que, mesmo não realizando o fato gerador, assumem o débito por imposição legal).

De acordo com o Art. 128 do CTN, a lei está autorizada a atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a

¹⁶ FERRAGUT, Maria Rita. Op. Cit. p. 13-14.

¹⁷ FERRAGUT, Maria Rita. Op. Cit. p. 14.

responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Para Ferragut¹⁸, dentre as modalidades de responsabilidade existentes, destacam-se a pessoal, solidária e a subsidiária. Será pessoal se competir ao terceiro adimplir a obrigação, desde o início (responsabilidade de terceiros, por infrações e substituição).

Na responsabilidade solidária, dois ou mais sujeitos passivos respondem igualmente pela totalidade do crédito tributário, podendo a Fazenda cobrar de qualquer deles a integralidade da dívida, sem ordem de preferência.

Já na responsabilidade subsidiária ou supletiva, o terceiro só é chamado a pagar se o devedor principal não o fizer, havendo geralmente necessidade de prévia execução do patrimônio do devedor original.

O CTN disciplina a solidariedade tributária nos Arts. 124 a 125. O Art. 124 estabelece duas hipóteses gerais de sujeição passiva solidária: (i) a das pessoas com interesse comum no fato gerador da obrigação principal; e (ii) a das pessoas expressamente designadas por lei. Percebe-se que o inciso II simplesmente remete a outros dispositivos legais que atribuam solidariedade, ao passo que o inciso I, traz uma cláusula geral que precisa ser interpretada para delimitar quem são as pessoas com “interesse comum” no fato gerador.

É importante observar que a previsão do Art. 124, I, do CTN não cria um novo fato gerador nem uma nova hipótese de tributo, tampouco constitui, por si só, uma infração ou situação autônoma de responsabilidade.

Trata-se de regra de extensão subjetiva da obrigação tributária, determinando que, quando duas ou mais pessoas compartilham determinada situação fática que configura o fato gerador, todas elas serão sujeitos passivos da obrigação dele decorrente, em regime de solidariedade.

Em outros termos, a norma abrange casos em que pluralidade de pessoas ocupa, conjuntamente, a posição de contribuinte relativamente a um mesmo fato gerador. Nesse contexto, a solidariedade passiva fun-

18 FERRAGUT, Maria Rita. Op. Cit. p. 15.

ciona como um mecanismo de garantia do crédito tributário, permitindo ao Fisco exigir de qualquer dos coobrigados o pagamento integral, sem que um possa alegar que o outro é o devedor principal.

Para Ferragut¹⁹, a Constituição não prescreve quem deve ser o sujeito passivo das relações jurídicas tributárias, deixando tal atribuição ao legislador infraconstitucional.

Afirma²⁰ que o legislador ordinário é livre para eleger qualquer pessoa como responsável, dentre aquelas pertencentes ao conjunto de indivíduos que estejam indiretamente vinculados ao fato jurídico tributário ou diretamente vinculadas ao sujeito que o praticou, conforme previsão do Art. 128 do CTN, independentemente de lei complementar específica para tal finalidade, responsáveis unicamente por estabelecer normas gerais sobre sujeição passiva, nos termos do Art. 146, III da Constituição Federal.

Segundo a autora²¹, “a natureza jurídica da norma de responsabilidade tributária é sempre tributária, nas modalidades de norma primária dispositiva ou sancionadora”, a saber:

“Será primária dispositiva quando (i) submeter-se ao regime jurídico tributário, como, por exemplo, os prazos de prescrição e decadência, o princípio da legalidade, a não cumulatividade, etc; (ii) possuir antecedente lícito; (iii) a relação jurídica tiver por objeto a obrigação de pagar tributo; e (iv) o pagamento realizado tiver o condão de extinguir um débito tributário.

Será primária sancionadora quando o antecedente normativo descrever o descumprimento (-c) de uma conduta que competia ao sujeito passivo realizar ou não realizar (futuro responsável), implicando a consequência de passar a ser obrigado a entregar ao Estado – subsidiária ou pessoalmente – uma quantia equivalente àquela que a princípio seria devida pelo contribuinte, a título de tributo”.

Cabe diferenciar a solidariedade por interesse comum de outras hipóteses de responsabilidade tributária. Enquanto naquela os coobri-

19 FERRAGUT, Maria Rita. Maria Rita. Op. Cit. p. 17.

20 FERRAGUT, Maria Rita. Maria Rita. Maria Rita. Op. Cit. p. 18.

21 FERRAGUT, Maria Rita. Maria Rita. Maria Rita. Op. Cit. p. 30-31.

gados todos participam do próprio fato gerador (situação de co-participação na materialidade da hipótese de incidência tributária), nas responsabilidades de terceiros previstas em lei (como as dos Arts. 134 e 135 do CTN), o responsável nem sempre realiza o fato imponible, eis que sua obrigação decorre de previsão legal específica, muitas vezes ligada a condutas ilícitas ou ao não pagamento do tributo pelo contribuinte principal.

Assim, a solidariedade do Art. 124, I, tem natureza distinta uma vez que pressupõe uma relação direta e originária dos sujeitos com o fato gerador em comum, não necessariamente qualquer inadimplemento ou ato ilícito, mas sim a própria ocorrência do fato tributável envolvendo a atuação concomitante de mais de um sujeito, conforme será analisado a seguir.

2.1. Solidariedade por interesse comum no Art. 124, I, do CTN

Pela regra da solidariedade, se estabelece que o devedor solidário tem que pagar a totalidade da obrigação tributária quando alvo de cobrança pelo Fisco. Como expresso no parágrafo único do Art. 124 do CTN, não há benefício de ordem.

A exigência pode ser feita a qualquer um dos coobrigados ou o devedor solidário assume uma responsabilidade que não lhe pertence, figurando, portanto, como terceiro na relação jurídica.

Pela leitura do disposto no Art. 125 do CTN, são efeitos da solidariedade: I – o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita aos demais; II – a isenção ou remissão de crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse caso, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo; III – a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais.

O Art. 124 do CTN, por sua vez, em seus incisos I e II, estabelece que são solidariamente obrigados: (i) aqueles que tiverem interesse comum na situação que constitua o fato jurídico tributário e (ii) aqueles que forem expressamente designados em lei.

Dessa forma, a autoridade administrativa responsável por efetuar o lançamento tributário, pode constituir o crédito tributário indicando como sujeito passivo toda e qualquer pessoa que tiver *interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal*.

A interpretação da expressão “interesse comum na situação que constitua o fato gerador” é crucial para delimitar o alcance da solidariedade prevista no Art. 124, I, do CTN.

Doutrina e jurisprudência majoritárias convergem no sentido de que esse “interesse comum” não se confunde com interesse econômico ou mera vantagem obtida com a ocorrência do fato gerador. Exige-se, na verdade, um interesse jurídico comum, consubstanciado na participação conjunta e coordenada dos sujeitos na realização do fato impositivo.

Para Ferragut²² *“Há interesse comum quando os direitos e deveres forem compartilhados entre pessoas situadas do mesmo lado de uma relação jurídica privada, subjacente ao fato jurídico tributário, somada ao proveito conjunto da situação.*

Aduz²³ que:

“é preciso que todos os devedores compartilhem a situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária (principal ou acessória, nos termos do Art. 113 do CTN), de forma que o interesse decorra de uma relação jurídica da qual o sujeito de direito seja parte integrante, que interfira em sua esfera de direitos e deveres e o legitime a postular em juízo em defesa do seu interesse. Com isso, a situação realizada por uma pessoa é capaz de gerar os mesmos direitos e obrigações para outras”.

A autora²⁴ afirma que não é qualquer interesse comum que justifica a aposição de solidariedade, mas sim o interesse no fato ou na relação jurídica que constitui o antecedente da regra-matriz de incidência tributária.

22 FERRAGUT, Maria Rita. Op. Cit. p. 53.

23 FERRAGUT, Maria Rita. Op. Cit. p. 53.

24 FERRAGUT, Maria Rita. Op. Cit. p. 55.

Para Darzé²⁵, há a necessidade de presença do interesse jurídico e não do interesse econômico simplesmente:

“o interesse qualificado pela lei não há de ser o interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas o interesse jurídico, vinculado à atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato imponible”.

Prossegue afirmando que²⁶:

“Assim, o que se percebe é que, em consequência da regra prescrita no Artigo 124, I, do CTN, configura-se situação híbrida em que, um único sujeito, ao mesmo tempo, reúne as condições de contribuinte e responsável, a depender do ângulo de análise. Por conta disso, cada um desses devedores submeter-se-á, simultaneamente, a dois regimes jurídicos diferentes”.

Por outro lado, a jurisprudência tem repellido tentativas de alargar excessivamente o alcance do Art. 124, I, especialmente no tocante a grupos econômicos ou sociedades coligadas. O Superior Tribunal de Justiça já assentou que a simples existência de empresas no mesmo grupo empresarial não implica interesse comum no fato gerador de tributo devido por uma delas – é indispensável verificar se as distintas pessoas jurídicas foram efetivamente sujeitos passivos do negócio ou situação tributada (REsp 884845/SC).

Entretanto, reconhecida a confusão patrimonial, o CARF admite a responsabilização pelo Art. 124, I, conforme se vê:

RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. SIMILITUDE FÁTICA. INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE DA LEI TRIBUTÁRIA.

Merece ser conhecido o recurso especial interposto contra acórdão que, em situação fática similar, conferir à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara, Turma de Câmara, Turma Especial, Turma Extraordinária ou

25 DARZÉ, Andrea M. Responsabilidade Tributária: Solidariedade e Subsidiariedade. São Paulo: Noeses, 2010. p. 235.

26 DARZÉ, Andrea M. Responsabilidade Tributária: Solidariedade e Subsidiariedade. São Paulo: Noeses, 2010. p. 238.

a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais, observados os demais requisitos previstos nos Arts. 118 e 119 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PASSIVA. ART. 124, INCISO I, DO CTN. CONFUSÃO PATRIMONIAL.

Para caracterizar a responsabilidade tributária prevista no inc. I do Art. 124 do CTN deve-se demonstrar de forma inequívoca o interesse comum na situação que caracteriza o fato gerador.

A comprovada a ocorrência de confusão patrimonial atrai a responsabilização passiva solidária prevista no inc. I do Art. 124 do CTN.

(CARF, Acórdão nº 9202-011.166, Rel. LUDMILA MARA MONTEIRO DE OLIVEIRA. Pub. 02/05/2024.)

Em voto condutor, a Conselheira do CARF Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, então relatora do julgado acima colacionado, consignou que “*a participação comum ocorre, portanto, de duas formas: (i) direta, quando as pessoas efetivamente praticam em conjunto o fato gerador; e, (ii) indireta, quando constatada confusão patrimonial ou outros ilícitos praticados em conluio*”, trazendo a doutrina de Carlos Costa para elucidar a matéria, conforme se transcreve²⁷:

(...) a solidariedade dos membros de um mesmo grupo econômico está condicionada a que fique devidamente comprovado: a) o interesse imediato e comum de seus membros nos resultados decorrentes do fato gerador; e/ou b) fraude ou conluio entre os componentes do grupo. Há interesse comum imediato em decorrência do resultado do fato gerador quando mais de uma pessoa se beneficiam diretamente com sua ocorrência. Por exemplo, a afixação de cartazes de propaganda de empresa distribuidora de derivados de petróleo em postos de gasolina é, geralmente, um fato gerador de taxa municipal cuja ocorrência interessa não somente à empresa distribuidora, beneficiária direta da propaganda, como também ao posto de gasolina, que é solidário com aquela no pagamento da taxa. Na fraude ou conluio, o interesse comum se evidencia pelo próprio ajuste entre as partes, alme-

27 In: COSTA, Carlos Jorge Sampaio. Solidariedade passiva e o interesse comum no fato gerador, Revista de Direito Tributário, v. II, nº 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 304.

jando a sonegação. A solidariedade passiva no pagamento de tributos por aqueles que agiram fraudulentamente é pacífica. (In: COSTA, Carlos Jorge Sampaio. Solidariedade passiva e o interesse comum no fato gerador, Revista de Direito Tributário, v. II, nº 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 304)”

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso reconhece a responsabilidade por interesse comum nos casos de concorrência para a prática de infração tributária, a saber:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – *RESPONSABILIDADE* SOLIDÁRIA - APLICAÇÃO DO ART. 124, I, DO CTN – PARTICIPAÇÃO DO AGRAVANTE NA INFRAÇÃO TRIBUTÁRIA – PRESENÇA DE *INTERESSE COMUM* NO FATO GERADOR - AUSÊNCIA DA PROBABILIDADE DO DIREITO INVOCADO - AUSÊNCIA DA PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – MANUTENÇÃO DA DECISÃO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. **O Art. 124, I, do Código Tributário Nacional prevê a responsabilidade solidária para aqueles que possuam interesse comum no fato gerador do tributo, sendo suficiente a comprovação de que o contribuinte atuou de maneira decisiva para a concretização da infração tributária.**

2. A concessão da tutela de urgência exige a presença concomitante da probabilidade do direito e do perigo de dano irreparável (Art. 300 do CPC), requisitos não demonstrados pelo agravante.

3. Recurso conhecido e desprovido. (N.U 1015261-05.2023.8.11.0000, CÂMARAS ISOLADAS CÍVEIS DE DIREITO PÚBLICO, EDSON DIAS REIS, Câmara Temporária de Direito Público e Coletivo, Julgado em 25/03/2025, Publicado no DJE 25/03/2025)

O nobre Relator destacou ainda que, incorrendo a parte para o cometimento de infração tributária, há que se falar em solidariedade, e nesse sentido trouxe a legislação tributária estadual, que no Art. 937 do RICMS/MT, estabelece o seguinte:

Art. 937 Constitui infração tributária toda ação ou omissão voluntária ou involuntária que importe em inobservância, por parte de pessoa física ou jurídica, de normas estabelecidas em leis, neste regulamento, em decretos regulamentares ou em atos

complementares que sejam pertinentes ao ICMS ou que façam referência ao aludido tributo ou a ele se apliquem. (cf. Art. 37 da Lei n° 7.098/98)

§1° Respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todos os que, de qualquer forma, concorrerem para sua prática ou dela se beneficiarem.

§2° Salvo disposição expressa em contrário, a responsabilidade por infração independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. (cf. Art. 136 do CTN)

Dessa forma, percebe-se que a análise teórica e a experiência jurisprudencial indicam que o “interesse comum” deve ser interpretado de forma restritiva e fundamentada, com a efetiva prova de confusão patrimonial para justificar a imposição da solidariedade, que, como visto, se caracteriza pela comunhão de uma mesma posição jurídica na constituição do fato gerador que a lei descreve como hipótese de incidência tributária.

3. A PROVA NO DIREITO TRIBUTÁRIO E A COMPROVAÇÃO DO INTERESSE COMUM

No processo de aplicação do Direito positivo, a “verdade” assume um caráter relativo e construído, com base em juízos hipotéticos feitos pelo operador do direito, conforme aponta o professor Paulo de Barros Carvalho, tendo tal referencial teórico implicações relevantes para a teoria da prova.

Para o autor²⁸, a teoria das provas assume relevância para o reconhecimento dos fatos jurídicos, a saber:

“Se os fatos são entidades linguísticas, com pretensão veritativa, entendida esta cláusula como a utilização de uma linguagem competente para provocar o consenso (Habermas), os fatos jurídicos serão aqueles enunciados que puderem sustentar-se em face das provas em direito admitidas. Aqui, no hemisfério do direito, usar competentemente a linguagem significa manipular de maneira adequada os seus signos e, em especial, a

28 CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Noeses, 2021. p. 137.

simbologia que diz respeito às provas, isto é, às técnicas que o direito positivo elegeu para articular os enunciados fácticos com que opera. De ver está que o discurso prescritivo do direito posto indica, fato por fato, os instrumentos credenciados para constituí-los, de tal sorte que os acontecimentos do mundo social que não puderem ser relatados com tais ferramentas de linguagem não ingressam nos domínios do jurídico, por mais evidentes que sejam. O sistema do direito positivo estabelece regras estruturais para organizar como fatos as situações existenciais que julga relevantes. Cria, com isso, objetivações, mediante um sistema articulado de símbolos que vão orientar os destinatários quanto ao reconhecimento daquelas ocorrências”.

Em essência, reconhece-se que o fato jurídico não é uma entidade objetiva independente da percepção, uma vez que precisa ser constituído no discurso jurídico a partir dos elementos probatórios disponíveis e das regras que regem sua produção e valoração, regularmente admitidas pelo ordenamento.

Para Fabiana Del Padre Tomé²⁹:

“com base na teoria dos jogos podemos afirmar se um fato jurídico é verdadeiro ou não, conforme tenham sido observadas as regras prescritas pelo direito positivo para sua constituição, tais como sujeito competente e procedimento apropriado. O valor verdade é posto pelo ordenamento jurídico; encontra-se, pois, dentro desse ordenamento, e não fora ou antes dele”.

A autora afirma³⁰ que a distinção entre verdade formal e material não deveria existir, isto porque:

“a verdade que se busca no curso do processo de positivação do direito, seja ele administrativo ou judicial, é a verdade lógica, quer dizer, a verdade em nome da qual se fala, alcançada mediante a constituição de fatos jurídicos, nos exatos termos prescritos pelo ordenamento: a verdade jurídica”.

A linguagem da prova é responsável por dar fundamento para a aplicação normativa. Dessa forma, para que um evento do mundo real

29 TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no direito tributário. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 37.

30 TOMÉ, Fabiana Del Padre. Op. Cit., p. 40-41.

ingresse no ordenamento como fato jurídico, é preciso traduzi-lo em enunciados comprobatórios, valendo-se dos meios de prova admitidos legalmente.

Desse modo, a prova funciona como ponte entre a realidade e a norma, já que é por meio das provas que se certifica a ocorrência do fato e seu perfeito enquadramento ao tipo previsto na norma tributária.

Fabiana Tomé³¹ aduz que como os acontecimentos físicos naturais exaurem-se no tempo e espaço, deixam de ser acessíveis, sendo os fatos constituídos pelo homem através de enunciados linguísticos. Afirma que os eventos não ingressam nos autos processuais, mas sim os fatos.

Para a autora³²:

“Mais do que isso, ao nosso ver a linguagem escolhida pelo direito vai não apenas dizer que um evento ocorreu, mas atuar na própria construção do fato jurídico e, mais especificamente, do fato jurídico tributário, tomado como enunciado protocolar que preenche os critérios constantes da hipótese da regra-matriz de incidência tributária. Apenas se presentes as provas em direito admitidas ter-se-á por ocorrido o fato jurídico tributário. Prova-do o fato, tem-se o reconhecimento de sua veracidade. Somente se, questionado ou não, o enunciado pautar-se nas provas em direitos admitidas, o fato é juridicamente verdadeiro [verdade lógica]”.

No contexto da responsabilidade solidária por interesse comum, tal premissa significa que não basta ao legislador prever abstratamente a solidariedade, sendo imprescindível, no caso concreto, comprovar a presença dos requisitos que caracterizam o interesse comum.

Em conformidade com os princípios da estrita legalidade e da tipicidade, incumbe ao Fisco demonstrar, com base em provas idôneas, todos os elementos do fato gerador e, adicionalmente, a participação conjunta dos supostos coobrigados naquele fato.

31 TOMÉ, Fabiana Del Padre. Op. Cit., p. 55.

32 TOMÉ, Fabiana Del Padre. Op. Cit., p. 56.

A própria constituição do crédito tributário, formalizada normalmente pelo lançamento, deve se apoiar em substrato probatório que dê sustentação à verificação do fato imponible conforme descrito em lei.

Segundo a autora³³, trata-se, na verdade, de um dever o ato de produção de provas pela Administração e não uma mera distribuição de ônus probatório. Isso porque a atuação estatal é plenamente vinculada e pautada em princípios que exigem a efetiva demonstração da regularidade dos atos de lançamento e imposição de penalidades, não configurando a presunção juris tantum dos atos administrativos causa legítima para afastar essa postura da Administração, pautada sempre na legalidade estrita.

Como ensina Fabiana Tomé³⁴, na constituição das obrigações tributárias *“não basta a observância às regras formais”* do procedimento; *“a materialidade deve estar demonstrada, mediante a produção de prova da existência do fato sobre o qual se fundam as normas constituidoras das relações jurídicas tributárias”*.

Em outras palavras, a autoridade lançadora deve reunir evidências de que o fato gerador ocorreu e de que cada sujeito passivo indicado realmente se enquadra nos critérios legais, inclusive no critério subjetivo de ter interesse comum.

Assim, se o Fisco pretende responsabilizar solidariamente um terceiro sob alegação de interesse comum, deverá trazer aos autos elementos concretos que mostrem a atuação conjunta desse terceiro no evento tributado, de forma a evitar futuras alegações de nulidade, bem como desconstituição do crédito tributário.

Apesar da existência de presunção de legitimidade dos atos administrativos, o Fisco deve observar de forma categórica todas as normas procedimentais e probatórias, a fim de resguardar, em última análise, o próprio interesse público, quando da manutenção de ato de lançamento lavrado em total observância às normas.

Para que o ato de lançamento e de imposição de penalidade tributária seja mantido, de rigor a plena observância dos princípios que

33 TOMÉ, Fabiana Del Padre. Op. Cit., p. 364.

34 TOMÉ, Fabiana Del Padre. Op. Cit., p. 248.

regem o processo e o ato probatório, notadamente a ampla defesa, contraditório, devido processo legal, produzidos em conformidade com todos os elementos e pressupostos de regular constituição do ato administrativo.

Segundo a autora³⁵:

“não significa, entretanto, que a autoridade administrativa esteja habilitada a constituir os fatos jurídicos como e quando bem entenda: a presunção hominis só pode ser empregada para justificar a constituição do fato jurídico tributário em sentido estrito se evidenciado o nexó lógico entre o fato provado (F’) e o probando (F’). É preciso demonstrar que a ocorrência do indício é prova da concretização da hipótese de incidência, de modo que, quando não se consiga estabelecer relação de causalidade entre o indício e o fato presumido, não há que se falar em presunção simples”.

De se concluir, assim, que meros indícios de benefício econômico ou de vínculo societário entre empresas não bastam. Como ressaltado, interesse comum deve ser provado. A ausência de prova efetiva poderá acarretar a nulidade do lançamento, por falta de fundamento fático-jurídico.

É o que diz Fabiana Tomé³⁶, para quem: *“na hipótese de ser expedido ato de lançamento ou de aplicação de penalidade sem que os fatos jurídicos relatados encontrem suporte na linguagem das provas, referido ato estará maculado na motivação, um dos elementos intrínsecos ao ato administrativo”*.

A autora prossegue afirmando³⁷ que vícios ligados aos elementos do ato administrativo, de ordem material, não são passíveis de convalidação pela autoridade fazendária, ao passo que os erros meramente formais, ligados aos pressupostos do ato, são passíveis de correção.

As alegações de fraude, simulação ou confusão patrimonial para alcançar terceiros requerem prova devidamente fundamentada, com clara exposição dos motivos que levaram à decisão da Administração,

35 TOMÉ, Fabiana Del Padre. Op. Cit., p. 182.

36 TOMÉ, Fabiana Del Padre. Op. Cit., p. 359.

37 TOMÉ, Fabiana Del Padre. Op. Cit., p. 360.

devendo tais situações ser tratadas como excepcionais e nunca presumidas. O ônus probatório recai sobre o Fisco que invoca o Art. 124, I, para ampliar o polo passivo da obrigação tributária.

A autora³⁸ aduz, ainda, que cabe ao contribuinte o dever de colaborar com o Fisco, alertando para os casos em que se justifica a aplicação da regra antielisiva prevista no Art. 116, parágrafo único do CTN, conforme se vê:

Por outro lado, caso o particular, no desenvolvimento de suas atividades negociais, pratique atos simulados, com vistas a evitar ou mitigar a aplicação de normas tributárias, subtraindo-se ao tributo que seria devido ou reduzindo seu impacto, ou, ainda, incorra em simulação para garantir uma vantagem ou benefício em relação ao qual não teria direito, tem-se por preenchido requisito indispensável à desconsideração dos negócios jurídicos pelo Fisco, competindo à autoridade administrativa lavrar o lançamento tributário, nos termos do Art. 149, VII, do CTN, e impor as penalidades cabíveis. Reforçando tal determinação, prescreve como o Art. 116, parágrafo único, ambos do CTN, exigem, como pressuposto autorizativo da desconsideração dos negócios jurídicos realizados pelo contribuinte, a certificação de atividade que objetive dissimular a ocorrência de situação prevista na hipótese de norma tributária geral e abstrata tributária.

Por isso, a fundamentação do ato administrativo que constitui coobrigados solidários deve explicitar os fatos e as evidências que levam à conclusão de existência de interesse comum, sendo exigência dos princípios da legalidade e tipicidade estrita em matéria tributária.

Assim, a atividade probatória é indissociável da correta positividade do direito tributário no caso concreto – o que inclui a identificação de todos os sujeitos passivos de uma obrigação solidária.

Em contrapartida, quando há prova robusta de que múltiplos agentes atuaram conjuntamente no fato gerador, a aplicação da solidariedade se legitima plenamente, atendendo à finalidade da norma de prevenir a evasão fiscal mediante processo legítimo de imposição de responsabilidade.

38 TOMÉ, Fabiana Del Padre. Op. Cit., p. 384-385.

Dessa forma, vê-se que a interpretação e aplicação do Art. 124, I, do CTN devem caminhar juntas com a teoria da prova, devendo a atuação fazendária ser pautada firmemente na linguagem das provas admitidas em direito, capazes de aperfeiçoar o lançamento e preservar o crédito regularmente constituído, em observância direta da legalidade e do próprio interesse público.

4. CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo, examinamos a responsabilidade tributária solidária por interesse comum (Art. 124, I, CTN) sob um prisma teórico, conjugando a análise dogmática do conceito com as abordagens do construtivismo lógico-semântico e da teoria da prova. Essa análise nos permitiu extrair algumas conclusões centrais.

Primeiramente, constatou-se que o “interesse comum” previsto no Art. 124, I, do CTN deve ser interpretado de forma restrita e qualificada. Não se trata de qualquer interesse ou benefício derivado do fato gerador, mas sim de um *interesse jurídico compartilhado*, traduzido na atuação conjunta de duas ou mais pessoas na situação que constitui o fato gerador.

A solidariedade tributária delineada por esse dispositivo aplica-se, portanto, a casos de *realização conjunta do fato imponible*, em que todos os coobrigados figuram no mesmo polo jurídico da relação subjacente.

Ao se vincular o interesse comum à ideia de coautoria ou coparticipação no fato tributário, resguarda-se a coerência lógica e sistemática do direito tributário, evitando a criação de devedores tributários sem respaldo na hipótese de incidência definida em lei.

Além disso, a aplicação da norma de solidariedade por interesse comum restou condicionada a uma rigorosa análise estrutural da norma jurídica e de seus critérios. A ótica do constructivismo lógico-semântico evidenciou que o Art. 124, I, deve ser lido em harmonia com as regras-matrizes de incidência dos tributos pertinentes. Dessa forma, apenas haverá pluralidade de sujeitos passivos solidários se a própria descrição do fato gerador comportar múltiplos realizadores.

A norma do CTN atua, nessa perspectiva, como cláusula de coerência do sistema, pois se o fato, por sua natureza ou conformação legal, pode ser praticado conjuntamente, então todos os praticantes estão obrigados; se, ao contrário, o fato supõe posições contrapostas, a solidariedade só vinculará aqueles do mesmo lado escolhido pelo legislador para suportar o tributo.

Essa leitura estrutura fortalece o princípio da tipicidade, pois veda a imputação de débito a quem não se enquadre precisamente no tipo legal. Em resumo, a estrutura lógica da norma jurídica tributária, ao ser respeitada, atua como salvaguarda contra expansões indevidas da responsabilidade solidária.

Por fim, destacou-se que a efetividade e a legitimidade da responsabilidade por interesse comum estão intrinsecamente ligadas à dimensão probatória. Sob a luz da teoria da prova de Fabiana Del Padre Tomé, verificou-se que nenhum fato jurídico tributário resta validamente constituído sem adequada comprovação.

Aplicado ao Art. 124, I, isso significa que a autoridade fiscal carrega o ônus de demonstrar, com base em provas efetivas, a existência do interesse comum alegado.

Essa exigência assegura a observância plena dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, pois garante que o contribuinte só será responsabilizado se realmente integrou a situação fática tributada.

Ademais, vimos que tanto os tribunais quanto os órgãos administrativos exigem esse padrão de prova, rechaçando imputações solidárias fundamentadas em meras presunções ou em interpretações extensivas.

A conformação do direito à prova, portanto, funciona como um freio contra arbitrariedades e um instrumento de precisão na aplicação da norma de interesse comum, impedindo futuras nulidades de autos de infrações e contribuindo para uma atuação fiscal cada vez mais pautada da legalidade e na plena observância do uso de provas legítimas para fazer valer o direito de cobrança do crédito tributário.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, de Paulo de Barros Carvalho, 6ª ed., São Paulo: Noeses, 2021.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos Jurídicos da Incidência*. São Paulo: Noeses, 2021.

DARZÉ, Andrea M. Responsabilidade Tributária: Solidariedade e Subsidiariedade. São Paulo: Noeses, 2010.

FERRAGUT, Maria Rita. Responsabilidade Tributária. 2020. 4. Ed. São Paulo: Noeses, 2013.

VIANA FILHO, Jefferson. Responsabilidade Tributária Da Fonte Pagadora No Imposto Sobre A Renda Implicações do Art. 61 da lei nº 8.981/95, 1ª Edição, Editora Noeses, 2024.

FLUSSER, Vilém. *Língua e Realidade* de Vilém Flusser, São Paulo: Annablume, 2010.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2016.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A estrutura lógica das normas jurídicas*. In: *Lógica e Direito*. Coord. Paulo de Barros Carvalho, Org. Lucas Galvão de Britto, São Paulo: Noeses, 2016.

Jurisprudência

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO. N.U 1015261-05.2023.8.11.0000, CÂMARAS ISOLADAS CÍVEIS DE DIREITO PÚBLICO, EDSON DIAS REIS, Câmara Temporária de Direito Público e Coletivo, Julgado em 25/03/2025, Publicado no DJE 25/03/2025.

BRASIL. CARF, Acórdão nº 9202-011.166, Rel. LUDMILA MARA MONTEIRO DE OLIVEIRA. Publicado em 02/05/2024.



QUANTO VALE O INTERESSE PÚBLICO: COMPENSAÇÃO E GOVERNANÇA CORPORATIVA NAS EMPRESAS ESTATAIS SEGUNDO A OCDE

HOW MUCH IS THE PUBLIC INTEREST WORTH: COMPENSATION AND CORPORATE GOVERNANCE IN STATE-OWNED ENTERPRISES ACCORDING TO THE OECD

Daniel Brasiliense e Prado
Procurador da Fazenda Nacional

RESUMO: As Recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para Empresas Estatais, publicada em 2024, inovaram ao prever a cláusula de compensação, desde que não se caracterize subsídio cruzado, a ser suportada pelo acionista estatal quando orientar a companhia para o desenvolvimento da política pública. O problema de pesquisa busca verificar as decorrências do pretendido transplante normativo para o ambiente societário das Sociedades de Economia Mista federais (SEM), as dificuldades no processo de conformidade que devem considerar a diversidade de arranjos institucionais e as formas de financiamento de interesses públicos, assim como a variação na conceituação de “subsídio cruzado”. A metodologia parte da análise quantitativa, por meio do levantamento de documentos publicados pelas SEM, especialmente decisões assembleares, relatórios da administração e demonstrativos financeiros, no recorte temporal após a Lei das Estatais (13.303/2016); além da análise qualitativa, por meio de revisão bibliográfica das matrizes teóricas que participam do debate. A hipótese inicial, à míngua de confirmação, sugere que houve a adoção plena das Recomendações da OCDE pelas SEM, porém, sem resultados práticos, podendo decorrer especialmente da opaca definição

de subsídio cruzado e da complexidade dos arranjos institucionais envolvidos, além das várias saídas em governança corporativa e financiamento de políticas públicas por meio de empresas estatais.

PALAVRAS-CHAVE: Governança Corporativa. Cláusula de Compensação. Empresas Estatais.

ABSTRACT: The 2024 Recommendations of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) for state-owned enterprises introduced an innovation by providing for a compensation clause, if it does not constitute a cross-subsidy, to be paid by the state shareholder when guiding the company toward the development of public policy. The research problem seeks to examine the consequences of the normative transplant into Brazil's institutional environment of federal mixed-capital companies (SEMs) and to identify the main challenges in achieving compliance—particularly with respect to the diversity of institutional arrangements, the mechanisms for financing public interests through corporate structures, and the conceptual difficulty surrounding “cross-subsidy”. The methodology combines quantitative analysis, through the collection of documents published by SEMs—especially shareholders’ meeting resolutions, management reports, and financial statements—within the period following the Law nº 13.303/2016, with qualitative analysis, through a bibliographical review of the theoretical frameworks engaged in the discussion. The initial hypothesis, still pending confirmation, suggests that there has been a formal adoption of the OECD framework by SEMs, yet without effective practical results, particularly resulting from the ambiguous definition of cross-subsidy, the complexity of institutional arrangements, and the multiple corporate governance and policy-financing mechanisms employed through state-owned enterprises.

KEYWORDS: Corporate Governance. Compensation Clause. State-Owned Enterprises.

“Há um falar e dois entenderes, costuma dizer o povo, e não diz tudo, porque a verdade é que há um falar e dois, cinco ou mais entenderes, segundo os casos. Contemplamos, por exemplo, a companhia de Carris Urbanos. A última assembléia geral dos acionistas desta companhia adotou duas propostas: uma para reconstruir o capital por meio de medidas que se vão descobrir e estudar, e outra para distribuir provisoriamente os dividendos de trimestre em trimestre. Na vida comum, estas duas propostas pareceriam excluir-se. Eu, quando tenho que reconstruir a algibeira, não dou aos amigos mais que um aperto de mão. Nenhum me pilha charuto. Nas associações o caso é diferente. (...)”
(Machado de Assis, 1884)

1. INTRODUÇÃO

O tema da presente pesquisa reside no campo do financiamento das políticas públicas realizadas por meio das empresas estatais, mais especificamente nas sociedades de economia mista federais com capital aberto, quando orientadas para a finalidade pública pela acionista controladora União, e quais as formas de compensação da acionista em favor da sociedade empresária. A cláusula de compensação busca, de certa maneira, o equilíbrio das contas e a preservação do interesse do acionista minoritário e da estrutura corporativa, impedindo a expropriação pelo acionista estatal, ainda que no interesse da consecução da política pública.

Em 2024 a OCDE trouxe em suas recomendações para as empresas estatais uma particularidade que não havia nos instrumentos anteriores, qual seja, a compensação pela orientação da empresa ao interesse público não poderia se consubstanciar em subsídio cruzado. Diante da amplitude do conceito de subsídio, amparado no âmbito econômico e jurídico, a cláusula muda de figura, situando a questão em um imbróglio dentro do campo administrativo societário. Na verdade, surgem outros problemas: quais seriam as fontes de compensação das políticas públicas realizadas pelas empresas estatais, e o que as diferem das políticas de subsídios; e qual a valoração a se realizar acerca das boas

práticas internacionais, quais são as críticas na sua adoção por países com arranjos institucionais distintos. O objeto de estudo portanto são as recomendações da OCDE, e a sua aplicação na realidade brasileira, a partir da Lei das Estatais, com foco nas Sociedades de Economia Mistas Federais (Telebras, BB, BNB, BASA, Petrobrás), em virtude da diversidade de conflitos de agentes apresentados e da facilidade de acesso à informação, além da variedade de setores econômicos envolvidos.

Será utilizada metodologia quantitativa analítica, no que se refere ao revolvimento de atas assembleares, relatórios de administração, demonstrativos financeiros, atos normativos, referentes ao período pós Lei das Estatais, de 2016. Os atos societários em referência estão gravados como público, obtidos com resguardo da Lei de Acesso à Informação, e podem ser encontrados no sítio eletrônico das empresas. A metodologia qualitativa buscará examinar as correntes de pensamento que fundamentam as recomendações da OCDE, por meio de revisão bibliográfica, revolvendo as matrizes teóricas do direito societário e corporativo.

As hipóteses preliminares sugerem, à mingua de comprovação, que não existe ainda um alinhamento das estatais com a cláusula de compensação das recomendações da OCDE de 2024. Apesar de existir a normatização em conformidade com a melhor prática, no sentido da alteração estatutária promovida entre 2017 e 2019, não existe a aplicabilidade de fato. Para a completa conformidade é preciso entender que o problema não reside exatamente na cláusula de compensação, tampouco na forma como o capital social se organiza, seja com controle estatal concentrado, seja de controle disperso acionário. A debate vai além, refletindo no papel do transplante normativo em face dos diversos arranjos institucionais envolvidos e nas variadas opções para o financiamento de políticas pública, além, claro, na dificuldade de convergência acerca do conceito do termo “subsídio cruzado”.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Conflito de Agência: Disputa de Interesses entre Representante (Agente) e Representado (Principal) na Organização Societária

Na crônica de Machado de Assis reproduzida acima, escrita em 1884 para o jornal *Gazeta de Notícias*, o autor demonstra certa perplexidade com o fato da companhia Carris Urbanos adotar aparentemente duas atitudes incompatíveis: reconstruir o capital, ou seja, realizar aumento do capital social; e ao mesmo tempo distribuir dividendos. Chega a essa conclusão com base em sua experiência pessoal, já que não tomaria decisões de distribuição de verbas quando estivesse precisando reconstruir suas reservas. Ocorre que, ao tomarmos decisões pessoais, só está em jogo a nossa própria vontade. De forma distinta funcionam as corporações, nas quais existem várias vontades vinculadas por um estatuto social.

Na época em que a crônica foi escrita a companhia Carris Urbanos explorava o transporte coletivo no Rio de Janeiro, na segunda metade do século XIX, e negociava ações na bolsa de valores, contando com acionistas diversos: diretores da companhia, proprietários de terras em Copacabana, vários bancos privados, empresas do setor industrial, empresas comerciais e empresas imobiliárias (Terra, 2013, p. 69). As decisões da Companhia certamente são mais complexas do que as nossas decisões pessoais, considerando o número maior de vontades presentes, ambiente fértil para que surjam os “conflitos de agência”, nos quais os representantes podem tomar decisões que afetem os representados.

Passaram-se os anos, mas os conflitos decorrentes das decisões societárias, permanecem os mesmos. No contexto dos “conflitos de agência”, representantes (agente) podem tomar decisões que afetem os representados (principal), de forma a desequilibrar os interesses corporativos. O debate sobre o conflito entre as classes interessadas, mormente entre acionistas e administradores, possui como marco fundamental o estudo da separação entre a propriedade e o controle, pilares da análise de Berle e Means (1932). A dispersão de ações em um número crescente de pequenos investidores, incapazes de influenciar a gestão corporativa, deixou o controle nas mãos dos administradores, cada vez mais fortes e

influentes, sendo possível observar gestores que não maximizavam os interesses dos acionistas, mas sim os seus próprios objetivos. O estudo se baseou em dados econômicos norte-americanos do início do século XX, observando uma separação entre os “donos” do capital (acionistas) e os “controladores” (gestores), quebrando o paradigma da figura do dono administrador.

Por volta de 1890, a produção industrial norte-americana era sustentada por gigantescas corporações como a *Standard Oil* e a *U.S. Steel*, que inauguravam uma nova era de concentração econômica sem precedentes (Hobsbawm, 1988, p. 72). No início do século passado o nível de concentração de capital se tornou imenso, de forma que o dono do capital, que antes acumulava funções, passou a delegar atribuições administrativas, e aceitar mais sócios. Em Chandler (1977, p. 81-89) verificamos que as ferrovias foram o primeiro grande empreendimento moderno, seja por motivos tecnológicos, seja por motivos operacionais, permitindo a formação das primeiras hierarquias administrativas nas grandes empresas ferroviárias norte-americanas, marcando a emergência de uma nova classe de administradores profissionais, distinta dos proprietários, já que a magnitude do capital exigido para construir ferrovias impossibilitava sua posse por indivíduos ou pequenos grupos, enquanto a complexidade das funções administrativas tornava inviável sua gestão direta pelos acionistas.

Era preciso uma forma de melhor para organizar as corporações, limitando os custos de transação (Coase, 1937), o que fundamentou a existência de sociedades (firmas) no intuito de melhor organizar as atividades, aproveitando o mecanismo de preços na alocação de recursos, introduzindo a ideia inovadora de que a existência das firmas se explica pelos custos de transação associados à operação do mercado, ou sejam, são organizações que buscam reduzir custos de forma gerencial. Estrutura-se a sociedade para que esta possa se organizar internamente, com base no mecanismo de preços, administrando os fatores de produção, e custos das relações entre as classes de interessados¹. Com a necessida-

¹ “The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious cost of ‘organising’ production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices are [...]. The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account.” (COASE, 1937, p. 391).

de de se reduzir incertezas, North (1990, pg. 6-10) trabalha o conceito de instituições, concluindo serem as diferentes formas de restrição que seres humanos concebem para organizar suas interações, podendo ser formais ou informais, regras convencionais ou de comportamento, consubstanciando-se nas regras do jogo aptas a organizar a conduta dos participantes. As instituições, compreendidas nas diversas formas de regramentos aptos a resoluções de problemas, alimentam a organização das “firmas”, para que o gestor aproveite melhor os seus recursos, reduzindo as incertezas.

Um importante avanço no tema ocorreu em Jensen e Meckling (1976, p. 308), em análise abrangente da estrutura de propriedade das empresas, integrando elementos da teoria de agência, direitos de propriedade e finanças. Baseando-se na ideia de separação entre a propriedade e o controle, gestores podem tomar decisões que maximizam sua utilidade pessoal, às custas dos acionistas. Na relação entre principal (representado) e agente (representante), considerando que as partes tendem a maximizar suas utilidades, não existe uma boa razão para acreditar que o agente irá sempre atuar no interesse do principal.

Em Armour, Hansmann e Kraakman (2009) são explorados os conflitos de agência intrínsecos às estruturas societárias, exemplificando três problemas típicos de agência presentes em corporações, em face das classes de interessados: 1) entre gestores e acionistas; 2) acionistas majoritários e minoritários; 3) acionistas e credores. Tais problemas são tratados por meio de estratégias jurídicas, que incluem regras obrigatórias e disposições padrão. A gestão desses conflitos é fundamental para o funcionamento eficiente das corporações. A análise em concreto dos conflitos observados no presente estudo parte desta estruturação apresentada, de modo que os conflitos conseguem ser enquadrados em um dos três grupos, ou até em mais de um².

Neste contexto se insere a governança corporativa, que se presta, dentre outras aptidões, a ajustar os conflitos de agência, buscando alinhar interesses, ou ao menos, permitir que as classes interessadas pos-

2 Veja-se, sobre este aspecto, os problemas existentes na Telebras S.A., que envolvem conflitos múltiplos: a acionista União buscou o fechamento de capital, enquanto os gestores buscaram uma saída para mantê-la fora da dependência, ao mesmo tempo em que os acionistas minoritários se opuseram à acionista majoritária, mormente no que tange às formas de cálculo das verbas decorrentes da oferta pública de aquisição para fechamento de capital.

sam se expressar e colocar os seus interesses em debate em situações de conflito. O movimento da governança corporativa tem como base um conjunto de princípios desenvolvidos em todo o mundo a partir da década de 1990 mas, no entanto, não se pode afirmar que se trata de fenômeno novo³. Para Silveira (2021), a governança corporativa é o conjunto de princípios, práticas, regras explícitas e normas tácitas que regem os relacionamentos entre acionistas, conselheiros, executivos e colaboradores e determinam o propósito, valores, cultura, estratégia, *modus operandi* e estilos de liderança predominantes na organização. Segundo Shleifer e Vishny (1997, p. 737), a governança corporativa “*lida com as formas pelas quais os provedores de financiamento asseguram a obtenção de um retorno sobre os seus investimentos*”. Ou seja, trata-se de um conjunto de informações, formais ou informais, que direcionam para um sistema em que seja possível o alinhamento de interesses de uma melhor forma. São princípios da governança corporativa a transparência, equidade de tratamento dos acionistas, prestação de contas e responsabilidade corporativa (Assi, 2017, pg. 19).

Importante notar que a responsabilidade relacionada à adoção de boas práticas em governança corporativa recai sobre o acionista controlador. Na lição de Comparato (1983, pg. 294), “*o titular do controle exerce a soberania societária*”, derivando daí deveres e responsabilidades próprias, atribuídos ao titular para a consecução de finalidades precisas. O artigo 238 da Lei nº 6.404/1976 admite que empresas estatais desempenhem funções voltadas ao interesse público, que justificou a sua criação, sem afastar os deveres e responsabilidades do acionista controlador, sendo possível compreender que o direcionamento para as boas práticas, pelo ente estatal, não só encontra amparo no interesse

3 Interessante registro histórico acerca da governança corporativa: ‘A procura de mecanismos de proteção dos acionistas sejam eles contra o poder dos acionistas majoritários, seja contra os agentes escolhidos para dirigir os empreendimentos em seu nome, não é uma preocupação nascida ao final do século XX. Enquanto o meio acadêmico procurou caracterizar e atribuir nomes a antigas práticas, como, por exemplo, a Teoria da Agência, os empreendedores, em outras épocas, despreocupados com os rótulos, procuravam estabelecer regras de conduta que resguardassem seus interesses. Um exemplo claro de tal afirmativa é a minuta original da Companhia Geral de Comércio do Grão-Pará e Maranhão, exposta neste artigo. Antecipando em quase duzentos e cinquenta anos o que hoje denominamos “boas práticas de Governança Corporativa”, Mendonça Furtado, Governador daquele Estado, intuitivamente passava para o papel, socorrendo- se apenas de sua memória e experiência, práticas salutares que intentavam alcançar as mesmas finalidades.’ (Ricardino e Martins, 2004, p. 50-51).

público, como pode haver responsabilização pela implementação de normas incompletas. O fundamento legal da governança corporativa é um mandamento para o acionista controlador, determinando-lhe a forma como deve ser exercido o seu poder de controle (Ribeiro, 2007, pg. 137), controle este compreendido como poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia (Cunha, 2019, p. 56).

A partir da referência proposta por Armour et al (2018), é possível identificar conflitos de agência entre administradores, credores e acionistas, em variadas combinações. Dentro do recorte das sociedades de economia mista federais, as chances de conflito entre as classes de interessados acima descritos surgem em sua completude. No primeiro exemplo, sobre os conflitos entre gestores e acionistas, é possível que os administradores levem para Assembleia Geral matéria referente ao aumento da remuneração, e, no entanto, os acionistas votem pela manutenção das balizas remuneratórias atuais, sem conferir aumento. Ou ainda, os administradores podem propor a aplicação dos lucros em projeto de longo prazo da empresa, ao passo que os acionistas deliberem pelo pagamento de dividendo acima dos obrigatórios. Sobre a segunda situação problema, entre acionistas majoritários e minoritários, pode ser verificada quando o acionista majoritário direciona a política da empresa para negociação de combustível a preços populares, ao passo em que os minoritários podem ter interesses na maximização de dividendos⁴. Ou mesmo em bancos públicos, quando a empresa é orientada para a realização de empréstimos abaixo das condições de mercado, em potencial contrariedade com os interesses minoritários. Por fim, sobre a terceira situação conflituosa, entre acionistas e credores, é possível que os acionistas deliberem sobre investimentos de riscos, os quais não sejam do interesse de credores que busquem receber seus créditos, e

4 A Petrobras anunciou, na última semana, o resultado financeiro da companhia em 2023 com um lucro líquido de R\$ 124,6 bilhões, segundo maior valor da história. Ainda assim, as ações da petroleira caíram cerca de 10% na sexta-feira (8). Analistas da imprensa especializada em mercado financeiro atribuíram a queda à decisão da companhia de reter os dividendos extraordinários, avaliados R\$ 43,9 bilhões, adiando o pagamento desses recursos para o futuro. Os dividendos são a parte do lucro que é repassada para os acionistas da empresa. (AGÊNCIA BRASIL. Entenda disputa por dividendos da Petrobras que derrubou ações. Brasília, 08 mar. 2024. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/economia/noticia/2024-03/entenda-disputa-por-dividendos-da-petrobras-que-derrubou-acoes> . Acesso em: 3 out. 2025).

refutem pretensões que poderão colocar as contas da empresa em risco, dificultando a solvência de suas dívidas.

Outro exemplo recente sobre conflito de agência refere-se às indicações políticas e conflito de interesses com indicados⁵, em face da Lei nº 13.303/2016, que proíbe a indicação para cargos no Conselho de Administração de representantes do órgão regulador, ministros de estado, dirigentes estatutários, ou quem tenha participado da estrutura decisória de partido político e organização, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF)⁶. Em tese, o acionista minoritário poderia se opor às indicações políticas, sob o argumento de que resultaria em uma administração pouco técnica e incapaz de enfrentar problemas de gestão complexos. Para todo tipo de desequilíbrio de interesses surge uma norma de governança corporativa, direcionada à composição dos diversos interesses envolvidos.

2.2 Governança Corporativa nas Empresas Estatais

Em 30 de junho de 2016 foi editada a Lei nº 13.303/2016, que trouxe o “Estatuto das Empresas Estatais”, regulamentada pelo Decreto nº 8.945/2016, finalizando um longo interstício desde a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, que havia estabelecido a previsão do estatuto jurídico da empresa pública⁷, sociedade de economia mista e suas subsidiárias, que explorem atividade econômica (§1º, Art. 173). A emenda constitucional de 1998 se inseriu no contexto da administração pública gerencial, referenciada por Bresser em seu “Plano

5 A Petrobras apoiou em 2023 a aprovação de regras para permitir novamente nomes políticos ocuparem cargos de diretoria em estatais, revertendo restrições criadas em 2016 com a Lei das Estatais. (REUTERS. Petrobras board supports rules for political appointments in state-run companies. Londres, 23 out. 2023. Disponível em: <https://www.reuters.com/business/brazils-petrobras-board-supports-rules-political-appointments-2023-10-23/> Acesso em: 3 out. 2025).

6 “São constitucionais as normas dos incisos I e II do § 2º do Art. 17 da Lei 13.303/2016, que impõem vedações à indicação de membros para o Conselho de Administração e para a diretoria de empresas estatais” (STF, 2024, ADI 7.331/DF).

7 Para Bicalho (2019, pg. 75), a edição da Lei nº 13.303/2016 veio preencher uma lacuna de vinte anos na efetivação da ordem constitucional de adoção de empresas estatais de um controle de eficiência afinado com a realidade contemporânea, pautado nas melhores práticas, decorrente, de certa forma, da Operação Lava-Jato, a qual expôs a corrupção institucionalizada e o comércio eleitoral, numa dinâmica de práticas criminosas convergentes ao desmantelamento das estatais. Paradoxalmente, com o evento danoso houve a superação do modo atuante para o novo paradigma apresentado pela Lei das Estatais.

Diretor da Reforma do Aparelho de Estado”⁸, passando a ser “*orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações*”. Portanto, a partir da visão gerencial, deveria existir um estatuto próprio das empresas estatais, sujeitando as estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

De fato, a existência de um modelo no qual o estado orientador da política pública, através das empresas estatais, é o mesmo estado regulador, que estabelece as regras gerais, mostrou-se deveras fracassado. Em 1997 houve a reforma da Lei das S.A. brasileira, no bojo do Programa Nacional de Desestatização - PND⁹, o qual especificava regras para a privatização, ou na dicção da lei, desestatização, a transferência para a iniciativa privada da execução de serviços públicos, buscando reestruturar o setor público. Ocorre que, como a Lei nº 9.457/1997, que alterou a Lei nº 6.404/76, era aplicável de forma indistinta ao regime público e ao privado, algo fugiu do controle. Pargendler (2021, pg. 226-235) considera que a reforma de 1997 foi a mais lesiva aos acionistas minoritários de toda a história brasileira, porquanto retirou as proteções legais disponíveis anteriormente para os acionistas minoritários, no intuito de maximizar as receitas estatais decorrente das privatizações. Como a reforma continha leis de aplicação geral, para o público e para o privado, as normas beneficiaram os acionistas controladores das empresas privadas em detrimento dos seus investidores externos, de forma que diversas transferências de controle ocorridas no período, tanto no âmbito privado como no público, beneficiaram acionistas controladores às custas dos minoritários.

8 “*A eficiência da administração pública - a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário - torna-se então essencial. A reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações.*” (BRASIL, Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, 1995, p. 16).

9 A Lei nº 9491/1997, que alterou o PND, logo de início afirma ser objetivo fundamental “*reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público*”, direcionando o estado gerencial à reflexão sobre sua presença no mercado. A Lei nº 9.457/1997, que alterou o regime societário, suprimiu o direito de recesso em caso de alienação de controle, reduziu mecanismos de fiscalização interna e enfraqueceu direitos de voto e de preferência.

Observe-se que a OCDE possui posição contrária, advogando pela separação entre as funções estatais relacionadas à propriedade e sua função referente à regulamentação e construção de políticas, de modo que os governos devem se basear em leis societárias igualmente aplicáveis às empresas privadas, evitando assim a criação de norma específica para as empresas estatais, que poderiam em tese ofertar privilégios e proteções especiais. Padronizar a forma legal das empresas, sejam elas públicas ou privadas, melhoraria a transparência e a responsabilização geral (OECD, 2024, pg. 29-31). No entanto, apesar do modelo societário normativo único servir aos interesses das empresas estatais, pode ser prejudicial aos interesses das empresas privadas, como visto no final da década de 90 no Brasil, considerando que as empresas estatais possuem maiores situações de monopólio e menor competição em alguns casos. O regime de proteção das empresas privadas deve trabalhar em prol dos acionistas minoritários, para gerar maior atratividade, de modo que o regime unitário, na visão de Pargendler (2012, pg. 43), pode trazer consequências negativas para o ambiente societário.

Após a edição da Lei das Estatais e de seu Decreto regulamentador, a Petrobrás foi a primeira a realizar, em dezembro de 2017, assembleia para deliberar sobre a inclusão dos §3º a §7º do Art. 3º do seu Estatuto Social, de forma a atender o Art. §2º do Art. 8º da Lei 13.303/2016 e Art. 5º e §3º do Art. 13 do Decreto nº 8.945/2016, no sentido de detalhar melhor as obrigações e responsabilidades assumidas pela sociedade em condições distintas do mercado privado, detalhando seus custos e receitas. Posteriormente, as demais empresas estatais federais promoveram, durante o ano de 2019, a alteração de seu estatuto social para inserir tópico relativo ao “interesse público” desempenhado pela companhia¹⁰. A modificação dos estatutos buscou esclarecer as ba-

10 O tópico inserido referente ao “interesse público” tinha a seguinte redação padrão, adotado pelas empresas estatais federais, com algumas adaptações em casos particulares (como no BB e na Petrobrás), mas mantendo o sentido do texto:

“Art. 6º – A Companhia poderá ter suas atividades, sempre que consentâneas com seu objeto social, orientadas pela União de modo a contribuir para o interesse público que justificou a sua criação.

Art. 7º – No exercício da prerrogativa de que trata o dispositivo acima, a União somente poderá orientar a Companhia a assumir obrigações ou responsabilidades, incluindo a realização de projetos de investimento e assunção de custos/resultados operacionais específicos, em condições diversas às de qualquer outra sociedade do setor privado que atue no mesmo mercado, quando:

I – estiver definida em lei ou regulamento, bem como prevista em contrato, convênio ou ajuste

lizas a serem respeitadas pela União quando oriente a companhia em condições diversas às exercidas por outras sociedades do setor privado, abordando os requisitos a serem apresentados em consonância com a transparência e governança societária¹¹.

2.3 Recomendações OCDE e a Cláusula do Interesse Público

Inicialmente adotadas em 2005, as Recomendações da OCDE para empresas estatais foram revisadas em 2015, e passaram por nova revisão em abril de 2024, considerando as recentes evoluções em governança corporativa e os mais atualizados padrões e práticas. As Diretrizes foram adotadas pelo Conselho da OCDE em maio de 2024, incorporando-as à “Recomendação da OCDE sobre Governança Corporativa das Empresas Estatais”. Complementam ainda os Princípios de Governança Corporativa do G20/OCDE e as Diretrizes da OCDE sobre Anticorrupção e Integridade nas Empresas Estatais.

As diretrizes enfatizam simultaneamente a importância da “propriedade ativa” por parte do Estado e a necessidade de evitar interferências politicamente motivadas na gestão. Contudo, há uma tensão inerente na busca desses dois objetivos, uma vez que a atuação ativa do Estado como proprietário cria o mecanismo para a interferência política na administração e para a persecução de finalidades não comerciais pelas empresas estatais. Existe ainda uma tensão intimamente relacionada

celebrado com o ente público competente para estabelecê-la, observada a ampla publicidade desses instrumentos;

II – tiver seu custo e receitas discriminados e divulgados de forma transparente, inclusive no plano contábil.

Parágrafo único. Para fins de atendimento ao inciso II, a administração da Companhia deverá:

I – evidenciar as obrigações ou responsabilidades assumidas em notas explicativas específicas das demonstrações contábeis de encerramento do exercício; e

II – descrevê-las em tópico específico do relatório de administração.

Art. 8º. Quando orientada pela União nos termos do caput do Artigo 7º, a Companhia somente assumirá obrigações ou responsabilidades que se adequem ao disposto nos incisos I e II do Art. 7º, sendo que, nesta hipótese, a União compensará, a cada exercício social, a Companhia pela diferença entre as condições de mercado e o resultado operacional ou retorno econômico da obrigação assumida, desde que a compensação não esteja ocorrendo por outros meios.”

11 A proposta de alteração do estatuto das sociedades de economia mista partiu da Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais – SEST, e buscava adotar as melhores práticas de governança corporativa e estaria alinhada às diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Notícia extraída de <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/junho/economia-divulga-novo-estatuto-modelo-de-governanca-das-estatais>, acesso em 21 jun. 2021.

entre o princípio da propriedade ativa do Estado, de um lado, e a independência do conselho de administração, de outro. É preciso considerar que o “Estado” é, por definição, um ator político — ademais, “*um ator político que não constitui um monólito, mas sim uma aglomeração diversa de interesses*” (Milhaupt, 2017, p. 534).

Uma recomendação bastante importante da OCDE diz respeito às medidas de compensação a serem suportadas pelo acionista em favor da sociedade empresária¹². Para garantir condições equitativas de competição com empresas privadas, as empresas estatais devem ser devidamente compensadas pelo cumprimento das obrigações de serviço público, adotando-se medidas para evitar compensações excessivas ou insuficientes. Uma compensação excessiva pode resultar em menor eficiência e constituir um subsídio indireto às suas atividades competitivas, gerando distorções nas condições concorrenciais com os competidores privados; já a compensação insuficiente das obrigações de serviço público compromete a viabilidade da empresa estatal, colocando-a em desvantagem em relação aos concorrentes privados.

A análise, em concreto, da cláusula de compensação e das formas de financiamento decorrentes deve levar, inicialmente, a uma reflexão terminológica acerca do alcance e limites do conceito de subsídio, para depois entrar nas discussões acerca das formas de financiamento de atividades públicas. Utilizando o conceito da própria OCDE (2022), subsídio é qualquer medida pública que conceda vantagem econômica seletiva, alterando condições normais de mercado, não existindo definição única de subsídio, que em sentido estrito, refere-se apenas a dispêndios orçamentários diretos; em sentido amplo, abarca qualquer política governamental que altere condições de mercado. Podem assumir múltiplas formas, como gastos diretos do governo, incentivos fiscais, aportes de capital, empréstimos subsidiados, fornecimento estatal de bens e serviços e compras públicas em condições preferenciais. Se-

12 A cláusula de compensação prevista nas Recomendações da OCDE de 2024 encontra-se no capítulo intitulado “*State-owned enterprises in the marketplace*”, e traz a seguinte redação no original: “*III.C. Where SOEs carry out public service obligations, they should be transparently and specifically identified, allowing for an accurate attribution of costs and revenue. In particular: III.C.1. High standards of transparency and disclosure regarding their costs and revenue must be maintained. III.C.2. Net costs related to carrying out public service obligations should be separately funded, proportionate and disclosed, ensuring that compensation is not used for cross-subsidisation.*” (OECD, 2024).

gundo a OMC (2006), subsídio é qualquer medida financeira adotada pelo Estado que confere vantagem econômica a determinados agentes e, por consequência, altera as condições normais de concorrência no mercado, destacando que a definição de subsídio não é simples, pois envolve múltiplas dimensões: financeira, jurídica e econômica. O conceito abrange não apenas transferências diretas de recursos (como subvenções, empréstimos a juros subsidiados ou aportes de capital), mas também renúncias fiscais, garantias de crédito e fornecimento de bens ou serviços em condições preferenciais.

As recomendações da OCDE se sustentam na linha de pensamento de La Porta et al (1998), que examinaram as regras jurídicas relativas à proteção dos acionistas e credores corporativos, suas origens e a qualidade de sua aplicação em 49 países, conhecida como “Teoria das Origens”. Os autores demonstram que os países do *common law* tendem a oferecer as proteções mais fortes aos investidores, enquanto os países de direito civil francês apresentaram as mais fracas, com os países de direito civil alemão e escandinavo situando-se em um meio-termo. O estudo parte da premissa de que a estrutura legal de um país influencia significativamente a maneira como as empresas são financiadas e controladas. Este entendimento em torno do ambiente institucional ótimo e da sua relevância para a promoção dos mercados consolidou o paradigma “*rule of law*”¹³, no contexto do *Consenso de Washington*¹⁴ e da *economia política do desenvolvimento*, sendo um conjunto definido de concepções econômicas, interpretações jurídicas e estratégias políticas para a promoção do crescimento e da modernização econômica das nações (Trubek, 2006).

13 Neste sentido: “*This idea’s most common expression is the “rule of law” (ROL): a legal order consisting of predictable, enforceable and efficient rules required for a market economy to flourish.*” (Santos, 2006, p. 253).

14 Neste particular, o receituário a que se refere o termo “Consenso de Washington” surge nos anos 80, apresentado pelo economista norte-americano John Williamson, consistente em “dez propostas de reforma econômica, sobre as quais havia amplo consenso em Washington, tanto entre os membros do Congresso e da Administração quanto entre os tecnocratas das instituições financeiras internacionais, agências econômicas do Governo norte-americano, Federal Reserve Board e think tanks. As propostas, visando à estabilização monetária e ao pleno restabelecimento das leis de mercado, consistiam em: 1 – disciplina fiscal; 2 – mudanças das prioridades no gasto público; 3 – reforma tributária; 4 – taxas de juros positivas; 5 – taxas de câmbio de acordo com as leis do mercado; 6 – liberalização do comércio; 7 – fim das restrições aos investimentos estrangeiros; 8 – privatização das empresas estatais; 9 – desregulamentação das atividades econômicas; 10 – garantia dos direitos de propriedade.” (Bandeira, 2002, p.135).

Essa linha de pensamento abriu caminhos para a adoção de melhores práticas, as quais seriam derivadas do sistema do common law, representativas da maior proteção ao acionista minoritário, na qual se baseia a OCDE ao tratar de suas recomendações para empresas estatais, chegando ao ponto de Hansmann et al (2000) argumentar que teríamos alcançado o “fim da história do direito societário”, uma vez que a governança corporativa global estaria convergindo para um modelo padrão centrado no acionista, devido à eficácia econômica percebida e ao fracasso de modelos alternativos, e em decorrência da uniformidade alcançada e contínua convergência, outros modelos como o orientado pelos administradores, pelos trabalhadores, ou pelo estado acionista, estariam fadados ao insucesso¹⁵. Curiosamente, nos anos seguintes à publicação do artigo, o mundo assistia ao colapso do modelo corporativo, fundado na manipulação contábil e na ausência de controles efetivos de transparência e responsabilidade, a exemplo do ocorrido em 2001 com Enron, Tyco e WorldCom¹⁶, crise financeira que afetou diversas zonas no globo, e gerou, reflexamente, ao aumento das empresas estatais ao redor do mundo (Sokol, 2009, p. 1713), a ponto de no período entre 2005 a 2014 o número de empresas sob controle estatal constantes da publicação “Fortune Global 500” tenha mais que dobrado, passando de 10% para quase 23%, muito em decorrência do crescimento da economia chinesa. (Kwiatkowski, 2015, p. 1745).

Atualmente estamos longe da convergência prometida do início do século, experimentando a era da geoeconomia, contextualizada por disputas de poder político instrumentalizadas pela “*interdependência armada*” (*weaponized interdependence*), nas palavras de Milhaupt

15 Nas palavras dos autores: “*Logic alone did not preordain the principal elements of the standard model, including strong minority shareholder protections and corporate managers dedicated to serving the interests of shareholders above all. Rather, the standard model earned its position as the dominant model of the large corporation the hard way, by out-competing during the post-World War II period the three alternative models of corporate governance: the managerialist model, the labor oriented model, and the state-oriented model.*” (Hansmann, 2000, p. 67).

16 É impressionante que à véspera da falência destes gigantescos complexos corporativos, seus administradores tenham enriquecido de forma tão desproporcional e absurda, de modo que os “US\$ 112 milhões recebidos por Jeff Skilling, presidente e CEO da Enron, nos três anos anteriores ao colapso da companhia, acusada de práticas contábeis fraudulentas; e os US\$ 240 milhões obtidos por Dennis Kozlowski, da Tyco, antes de ser demitido e acusado de fraude fiscal” abalaram drasticamente a confiança das pessoas na justiça e na equidade do mercado (Rajan, 2004, p. 103).

(2024), abrindo espaço para que as divergências propostas pelo “Consenso de Pequim” (Milhaupt, 2025) em forma de capitalismo estatal de partido (*Chinese Corporate Capitalism*) antagonizem com o “Consenso de Washington” e seu *Rule of Law*.

O argumento em prol da adoção do modelo “*common law*”, para melhor êxito no campo financeiro, sofreu diversas críticas, como por exemplo Milhaupt e Pistor (2008), Bebchuck e Roe (1999) e Siems (2008). Considerando que a aplicação da lei em ambientes de estruturas de capital pulverizado pode trazer distintas respostas quando aplicadas ao ambiente de estruturas de capital concentrado, uma solução única em governança corporativa pode não ser a melhor (Gelter, 2009). Para Trubek¹⁷, no entanto, o *rule of law* significa uma abertura para debates e inclusão de interesses locais, de modo que a existência de sistemas legais ortodoxos não seria aprioristicamente incompatível com objetivos progressistas. Ademais, Dam (2006, p. 40-41) argumenta que o mais importante é a forma de aplicação, e não propriamente as regras legais substantivas, de forma que a “Teoria das Origens” acaba difamando indiretamente o sistema jurídico francês, mesmo quando ele realmente opera na França, levando a conclusões errôneas.

É preciso compreender que as normas da OCDE, objeto do parâmetro ora analisado, decorrem de ambientes com empresas de capital pulverizado, ao contrário da realidade brasileira, onde existe a maior ocorrência de concentração e controle nas empresas. Porém, como bem anota Salomão Filho (2022, p. 58-59), não se trata propriamente de debate acerca de estruturas concentradas ou diluídas de controle, “*mas como as estruturas de regras societárias podem estimular o comportamento cooperativo e ético dos sócios e administradores, inclusive os dotados de poder*”. Ou seja, mais importante do que promover instituições de capital pulverizado, seria a promoção de um ambiente cooperativo entre os diversos atores. Entra-se no debate institucional acerca das

17 “My view is that there is an opening for the introduction of new ideas. I see the present as a turning point, a moment in which it is possible to go beyond critique of orthodoxy to reconstruction. Thus I think that progressive intellectuals should engage constructively with the ROL enterprise. I support such values as human dignity, equality, and fairness that are embedded in the idea of the rule of law. I recognize that actually existing legal systems do not necessarily embody these values, and to some degree can deny them while professing to uphold them. But we also know that these actually existing legal institutions are arenas in which the struggle for such values can go on in relatively bloodless ways.” (Trubek, 2006, p. 93-94).

variedades de capitalismo (Hall e Soskice, 2001), em que o argumento central se baseia na coordenação das atividades em várias esferas, rejeitando, a ideia de convergência rumo a um único modelo capitalista global, porquanto existem distintas formas e arranjos institucionais existentes e exitosos¹⁸.

Em adição, Bebchuck e Roe (1999) argumentam que as diferenças nas estruturas de governança corporativa ao redor do mundo não são explicadas exclusivamente por razões econômicas, mas também por influências políticas, históricas e institucionais. Eles introduzem o conceito de “*path dependence*” (dependência de trajetória) para demonstrar como os sistemas evoluem de maneira condicionada por decisões passadas. Além disso, é bom salientar que a teoria das origens se interessa pela conexão entre a lei e o desenvolvimento econômico, não necessariamente com os valores e culturas locais, tampouco como a forma de aplicação desse aparato normativo (Michaels, 2009). Neste sentido, devem ser consideradas as múltiplas possibilidades institucionais, conforme as variedades de capitalismo de Soskice (2001), e ainda, nas palavras de Schapiro (2010), o direito e as instituições de fato importam para o desenvolvimento, mas há uma variedade de possibilidades e funções a serem exercidas pelos arranjos institucionais e pelas ferramentas jurídicas – muito além dos programas de *Rule of Law*.

Para Schapiro (2010, p. 32-33), as formas de financiamento corporativo para a consecução da atividade empresarial ocorrem inicialmente a partir de duas possibilidades: pela utilização de recursos internos; ou pela captação externa, utilizando-se instrumentos de financiamento corporativo. A captação externa de crédito envolve a realização de dívida, como por exemplo a emissão de debentures ou a contratação de crédito com instituição financeira. A captação externa pode ocorrer também por meio da abertura da sociedade à participação de novos sócios, que não seria propriamente a realização de dívida. E neste último caso se insere a cláusula de compensação, para equilibrar interesses dos sócios, evitando a expropriação de recursos dos sócios minoritários e da estrutural empresarial.

18 Na opinião dos autores: “*There is no single best way to organize capitalism. The institutional diversity of the advanced economies provides each with distinctive capacities for success in the international economy*” (Hall e Soskice, 2001, p. 56).

O estudo das formas de financiamento das empresas estatais deve considerar a maneira como as empresas estatais se caracterizam. Deixando de lado a classificação sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal entre empresas que desempenham serviços públicos e as exploradoras de atividade econômica, porquanto frágil e casuística (Monteiro, 2022, p. 351)¹⁹, adota-se a classificação entre empresas dependentes e não dependentes do Tesouro Nacional. Para as empresas dependentes do Tesouro Nacional existem formas adicionais de financiamento previstas, já que o estado diretamente transfere recursos para atividades com pessoal e custeio em geral²⁰.

Os instrumentos administrativos utilizados para transferências típicas do acionista público e estatal podem ser destacadas em quatro formas: i) subvenções, destinadas a cobrir despesas de custeio; ii) contribuições de capital, para investimentos de interesse público; iii) instrumentos de direito administrativo, como convênios, para a execução de determinada política pública; e iv) ressarcimentos, para pagamento de obrigações de responsabilidade do ente controlador, mas com desembolso pela estatal (Braga et al, 2022, p. 471-472).

A partir da análise das atas das assembleias gerais (ordinárias e extraordinárias), dos relatórios de administração e demonstrativos financeiros dos exercícios, ocorridas nas empresas estatais controladas pela União, de capital aberto (BB, Petrobrás, BNB, BASA, Telebras), nos últimos dez anos, é possível reconhecer um padrão de financiamento. Com exceção do caso particular da Telebras, que se trata da ambígua situação de empresa com capital aberto e dependente do Tesouro Nacional, se examinarmos as atas das assembleias pretéritas, as formas de financiamento que estão sujeitas a deliberação assemblear são a proposta de orçamento de capital, que invariavelmente traz a nota de “o valor previsto será atendido exclusivamente com recursos próprios”, e a destinação do resultado.

19 “A falta de clareza dos conceitos (serviço público versus atividade econômica) e a crença de que atividades de interesse público justificariam privilégios para supostamente garantirem melhores serviços para a população) revelam um STF capturado por ideias abstratas, sem amparo na Lei das Estatais. Mesmo quando diz que está aplicando a dicotomia entre serviços públicos e atividade econômica em sentido estrito, o STF se socorre de outros critérios, fazendo afirmações caso a caso.” (MONTEIRO et al, 2022, p. 331-355).

20 Decreto nº 12.500, de 11 de junho de 2025.

A destinação do resultado, principalmente quando observamos exercícios com saldo de lucro líquido, em que são feitas destinações para reserva legal e/ou estatutária, de retenção de lucros, de incentivos fiscais, remuneração aos acionistas (juros sobre capital próprio ou dividendos), impacta o financiamento da companhia. Mas são todas destinações, ou a aprovação do orçamento de capital, fundadas em recursos próprios da empresa, como há de ser para as não dependentes²¹, de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF. No caso da Telebras, empresa dependente do Tesouro, o aumento de capital decorre normalmente de adiantamento para futuro aumento do capital social – AFAC, por meio de Decreto²², sendo objeto de severo acompanhamento pelo Tribunal de Contas da União²³. Existe ainda, para a situação de dependência, a figura do contrato de gestão, forma de financiamento já prevista na LRF e agora com previsão no Decreto nº 12.500/2025²⁴.

As formas de financiamento da empresa submetida ao controle estatal devem estar alinhadas ao regramento do orçamento público, e da LRF. A lei de responsabilidade, posiciona subsídio no campo da renúncia de receita (§1º, Art.14), podendo estar presente também nas despesas com pessoal (Art. 18). Bastante elucidativo é o preceito previsto no Art. 26, aplicável às empresas estatais, no sentido de que a “*destinação*

21 A LRF define no inciso III do Art. 2º, da seguinte maneira “*empresa estatal dependente: empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária*”.

22 Recentemente a Telebras realizou AFAC (adiantamento para futuro aumento de capital social) com fundamento nos Decreto nº 9.909, de 10 de julho de 2019 e Decreto nº 12.325, de 19 de dezembro de 2024.

23 A questão da dependência (nos termos do Art. 2º, inciso III, da LRF) da empresa ao Tesouro Nacional foi inicialmente apreciada pelo Tribunal de Contas da União no ano de 2019, firmando entendimento de que existiam indícios de estatais não dependentes de recursos do Tesouro Nacional recebendo aportes, de modo a caracterizar a sua dependência, entre o período de 2013 a 2017, dentre elas a sociedade empresária Telecomunicações Brasileiras S.A – Telebras (BRASIL, TCU, 2019). Na análise apresentada, a empresa atuou de forma deficitária, apresentando prejuízo nos anos de 2013 a 2017. Após a tomada de contas realizada pelo TCU, a empresa foi enquadrada como empresa estatal dependente no final de 2019, com a aprovação no Congresso Nacional do Projeto de Lei Orçamentária Anual de 2020. A partir de então a empresa passou a ser classificada como estatal dependente e passou a integrar o Orçamento Fiscal e da Seguridade Social (OFSS). A Telebras apresenta uma particularidade, pois, além de se enquadrar como sociedade de economia mista dependente, também possui capital aberto, financiando-se tanto por meio do capital público, tanto por meio da negociação de suas ações na bolsa de valores.

24 Decreto nº 12.500, de 11 de junho de 2025

de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais”. Para o ordenamento orçamentário (Lei nº 4320/64), as empresas estatais receberão verbas por meio de subvenções econômicas (Art. 18), transferências correntes destinadas a cobrir despesas de custeio (§3º, Art. 12), assim como por meio de inversões financeiras (III, §5º, Art. 12).

Importante meio de financiamento no setor petrolífero está previsto constitucionalmente, na chamada contribuição de intervenção no domínio econômico, relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível (§4º, Art. 177 da CF), de modo que os recursos arrecadados poderão ser destinados para o pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo. Nas demonstrações financeiras referentes ao exercício de 2018, a Petrobras²⁵ informou sobre subvenção econômica recebida, referente ao Diesel, com fundamento na Medida Provisória nº 838, de 30 de maio de 2018, convertida na Lei nº 13.723, de 4 de outubro de 2018²⁶, que concedia, pela União, subvenção econômica à comercialização de óleo diesel de uso rodoviário no território nacional.

Outro exemplo, agora nos bancos públicos, trata da taxa de equalização, tratada como receita de equalização de taxas de juros, decorrente do Plano Safra, com fundamento na Lei 8.427/1992, regulamentado no período de 2025/2026 pela Portaria nº 1508/2025, referente à concessão, pela União, de subvenções econômicas a produtores rurais e suas cooperativas, por meio de bancos públicos. Ao esquadrihar as demonstrações financeiras do Banco do Brasil²⁷, a empresa informa a per-

25 “Em 2018, a companhia avaliou os riscos e aderiu ao programa de subvenção econômica à comercialização de óleo diesel no território nacional estabelecido pelo Governo Federal. Este programa possibilitou o ressarcimento aos produtores e aos importadores de óleo diesel que comprovaram preços de venda desse derivado praticados às distribuidoras iguais ou inferiores ao preço determinado pela União.” (PETROBRAS, 2019).

26 A lei foi regulamentada pelo Decreto nº 9.392, de 30 de maio de 2018.

27 “Valores a receber do Tesouro Nacional referentes à equalização de taxa de juros de programas incentivados pelo Governo Federal, na forma da Lei nº 8.427/1992. A equalização de taxas, modalidade de subvenção econômica, representa o diferencial de taxas entre o custo

cepção sob o título de subvenção econômica das taxas de equalização derivadas do programa. Além desses exemplos, verifica-se que o BNB e o Basa realizam atividades de administração de Fundos, como o Fundo Constitucional de Financiamento do Norte (FNO), Fundo de Desenvolvimento da Amazônia (FDA), Fundo de Investimentos da Amazônia (Finam), Fundo da Marinha Mercante (FMM), Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste (FNE) e Fundos de Investimentos Financeiros (FIF's), de forma que o administrador recebe pagamento pela administração, previsto em regra no estatuto social do fundo, para a consecução de políticas públicas. Saliente-se que na situação dos bancos públicos, o recebimento de valores encontra-se atrelado à política de transação com partes relacionadas, haja vista que a União ao mesmo tempo é acionista e financiadora de projetos.

Considerando as diversas formas de financiamento, a exigência legal de se realizar políticas para satisfação do interesse público acaba gerando problemas de governança corporativa. Na visão de Silveira (2021, p. 282), mesmo que o reembolso seja capaz de aumentar os gastos do orçamento público, o acréscimo dos lucros acabaria aumentando a percepção de dividendos pelo Estado. Além disso, ainda se incentivaria a subsidiariedade da intervenção estatal pela dificuldade de se continuar mantendo companhias dependentes dos recursos do Tesouro. Importa, portanto, aferir a adoção do mecanismo de compensação, que poderá tanto contribuir para a captação de recursos privados pelo Estado, como reforçar a necessidade de responsabilidade fiscal na condução de políticas públicas (Porto, 2020, p. 331). A compensação serviria para o atingimento do ideal de universalização do serviço público de natureza essencial, o qual pressupõe, na lição de Warde Júnior (2017, p. 97), “*uma tarifa social, a cobrança de preços discriminatórios e o subsídio cruzado*”, sem, no entanto, expropriar o patrimônio dos minoritários e da própria sociedade.

Considerando a inclusão da cláusula do interesse público no estatuto social das empresas estatais, pode-se afirmar que houve a adoção

de captação de recursos, acrescido dos custos administrativos e tributários e os encargos cobrados do tomador final do crédito rural. O valor da equalização é atualizado pela Taxa Média Selic desde a sua apuração até o pagamento pelo Tesouro Nacional, que é realizado segundo programação orçamentária daquele órgão, conforme estabelece a legislação, preservando assim a adequada remuneração ao Banco.” (Banco do Brasil, 2025).

formal das recomendações da OCDE, já que traz a obrigação de publicar os custos e receitas decorrentes da orientação, pela União, da empresa estatal na realização do interesse público. Ocorre que, quando a OCDE inclui em suas recomendações a proibição de que esta compensação não pode se traduzir em um “subsídio cruzado”, a efetiva aderência à recomendação exige a análise do caso concreto, trazendo dificuldades antes inexistentes, iniciando pela fluidez do conceito de “subsídio cruzado”. Vale recordar que o conceito de subsídio cruzado é amplo e exige uma análise aprofundada da situação na qual se aplica, além de que já existem várias formas de financiamento, por meio de subsídios, das políticas públicas atualmente levadas a termo pelas empresas estatais.

3. CONCLUSÃO

A discussão acerca das boas práticas em governança corporativa da OCDE, mormente no que tange à cláusula de compensação, presente no estatuto das estatais, a qual estabelece que o ente estatal ao orientar a empresa para o desempenho de políticas públicas, fora das condições de mercado, deverá compensar a empresa desde que isto não signifique subsídio cruzado, pode ser retomada a partir da crônica que inicia o presente ensaio, em que Machado (1884) sentencia: *“repare que cada coisa tem o seu nome; mas o mesmo nome pode não corresponder a coisas ou pessoas semelhantes.”*.

Ou seja, em primeiro lugar verifica-se uma dificuldade na uniformização de conceitos, de modo que a hipótese inicial reside no sentido da ausência de conformidade em relação à cláusula de compensação, muito embora normatizada no âmbito estatutário. Isso ocorre em virtude de que *“o mesmo nome não corresponde a coisas semelhantes”* quando falamos de subsídios cruzados. Existem diversas acepções acerca da caracterização de subsídios cruzados, sem convergência aparente, assim como existem diversas formas de financiamento atualmente em curso, as quais podem se caracterizar como hipóteses de subsídio a depender do conceito adotado. No entanto, o problema da conceituação não é o mais complexo.

Ultrapassada a discussão técnica inicial, o problema surge majorado, entrando na discussão das opções de arranjos institucionais,

fomento de políticas públicas, ambiente institucional com empresas controladas ou capital disperso. Tomando de empréstimo a lição de De Soto (2000, p. 47), estudada no âmbito dos direitos reais, a propriedade é o reino onde podem ser identificados e explorados ativos, que podem ser combinados entre eles, e conectado de diversas formas. A formalização do sistema de propriedade é o local onde o capital nasce, a verdadeira planta hidrelétrica de geração de capital. Em Acemoglu (2012) observamos que a escolha por uma economia inclusiva gera crescimento econômico, e de lado oposto, a escolha por uma economia extrativista, conduz ao abalo econômico, bloqueando o crescimento econômico. Certamente a proteção aos interesses dos acionistas minoritários, decorrente da delimitação dos limites de propriedade, propicia harmonia entre o capital público em convergência com o capital privado, fomentando inclusividade capaz de gerar sinergia e crescimento econômico. Sem dúvidas, o estabelecimento de valores que são transferidos pelo acionista majoritário para a empresa em razão de compensação pela política pública realizada pode conduzir a um sentimento de maior segurança e proteção para os acionistas minoritários.

Ou seja, não se nega que se trata de escolha política em convergência com os interesses de instituições inclusivas, e o termo instituições tomado aqui na acepção de North (1990), de forma ampla, como por exemplo normas de governança corporativa inseridas no estatuto social das empresas. Sugere-se, à guisa de confirmação, que a fraca conformidade reside mais no fato de existirem distintas opções institucionais, cujo sucesso depende de fatores como a cooperação entre os envolvidos, a forma de aplicação das normas, e a compreensão histórica das instituições. Estes fatores prevalecem sobre a análise da forma como o capital é estruturado. Muitas são as variáveis existentes no modelo, levando ao debate das melhores práticas e das variedades de capitalismo, e o casamento com maior fluxo financeiro que contemple iniciativas privadas e públicas, em arranjo de governança corporativa que traga vantagens recíprocas.

A hipótese principal aventada consegue dialogar com as ideias de Chang (2004), que busca a solução de problemas institucionais por meio de reflexão histórica (e não necessariamente pressupostos eco-

nômicos), no sentido de que os modelos institucionais sugeridos pelos países desenvolvidos por meio das boas práticas internacionais nem sempre foram adotados por aqueles que atualmente advogam em seu favor. Existe uma multiplicidade de interações institucionais, e modelos decorrentes, devendo ser cogente a reflexão sobre se as instituições recomendadas são deveras convenientes, partindo do ponto pacífico de que essas políticas e instituições boas nem sempre foram sempre boas, ou más, no curso da história. Resta saber, portanto, qual seria o ponto de equilíbrio entre o capital privado e o público em uma sociedade de economia mista que atue no desenvolvimento da política pública, sem afastar o poder de direção do controlador estatal, e sem tampouco expropriar a propriedade dos minoritários e da sociedade empresária na realização deste interesse público.

Portanto, apesar da inclusão formal da cláusula compensatória no estatuto social das sociedades de economia mista objeto do presente estudo, quando a OCDE traz novo requisito, qual seja, a proibição de que a compensação se consubstancie em um subsídio cruzado, surge um novo panorama no âmbito da governança corporativa. O parâmetro para a aderência torna-se aberto, fazendo-se necessária a análise casuística de sua aplicação. Afinal, os subsídios e as subvenções hoje existentes em prol das empresas estatais, nos diversos setores, seriam uma forma de subsídio cruzado, ou seriam apenas a forma encontrada para a consecução do interesse público, que fundamentou a criação da estatal? O deslinde da questão é complexo, e exige a intensificação da presente pesquisa, no intuito de elencar as formas de financiamento e verificar o enquadramento delas nas classificações existentes, escopo que não cabe na atual reflexão.

4. BIBLIOGRAFIA

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. *Why nations fail: the origins of power, prosperity, and poverty*. New York: Crown Business, 2012.

ASSIS, Machado de. *Balas de Estalo*. Gazeta de Notícias, Rio de Janeiro, 8 mar. 1884. In: ASSIS, Machado de. *Obra Completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, v. 3.

ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. *The Essential Elements of Corporate Law*. Law Working Paper N°. 134/2009, ECGI, 2009.

ASSI, Marcos. *Governança, riscos e compliance: mudando a conduta nos negócios*. São Paulo: Saint Paul, 2017.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. *As políticas neoliberais e a crise na América do Sul*. Revista Brasileira de Política Internacional, Brasília, v. 45, n. 2, p. 135-146, 2002.

BANCO DO BRASIL S.A. *Demonstrações Contábeis: Exercício findo em 31 de dezembro de 2024 (4T24)*. Brasília: Banco do Brasil, 2025.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *The Modern Corporation and Private Property*. Introduction by Murray e and Jensen. 2 ed. New York: Harcourt, Brace & World, 1997.

BRASIL. Presidência da República. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado* [coord. Luiz Carlos Bresser-Pereira]. Brasília: 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.331/DF*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão: Min. André Mendonça. Julgado em 9 maio 2024. Informativo STF, n. 1136.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 937/2019 – Plenário*. Processo n° TC 007.142/2018-8. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Brasília, DF, 2019.

BEBCHUK, Lucian A.; ROE, Mark J. *A theory of path dependence in corporate ownership and governance*. Stanford Law Review, v. 52, p. 127–170, 1999.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. *Desestatizações: privatizações, delegações, desinvestimentos e parcerias*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BRAGA, Carlos Eduardo Teixeira; MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. *Circulação de recursos entre o acionista controlador e as estatais*. In: PINTO JUNIOR, Mário Engler; MASTROBUONO, Cristina M. Wagner; MEGNA, Bruno Lopes (Coord.). *Empresas estatais: regime jurídico e experiência prática na vigência da Lei nº 13.303/2016*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 449-474.

CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

CHANDLER JR., Alfred D. *The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

COASE, Ronald H. *The Nature of the Firm*. *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386–405, 1937.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CUNHA, Lucas Marsili da. *Formas de coibir o abuso do poder de controle nas sociedades anônimas*. São Paulo, Quartier Latin, 2019.

DAM, Kenneth W. *The law-growth nexus: the rule of law and economic development*. Washington: Brooking Institution Press, 2006.

DE SOTO, Hernando. *The Mystery of capital: why capitalism triumphs in the West and fails everywhere else*. New York: Basic Books, 2000.

DONAGGIO, Angela Rita Franco. *Governança Corporativa e Novo Mercado: Proteção ao investidor e Falhas no Marco Regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

GELTER, Martin. *The dark side of shareholder influence: managerial autonomy and stakeholder orientation in comparative corporate governance*. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 50, n. 1, p. 129-194, 2009.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. *The End of History for Corporate Law*. John M. Olin Center for Law, Economics, and Business Discussion Paper No. 280. Harvard Law School, 2000.

HALL, Peter A.; SOSKICE, David. *An introduction to varieties of capitalism*. In: HALL, Peter A.; SOSKICE, David (ed.). *Varieties of capitalism: the institutional foundations of comparative advantage*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

HOBSBAWM, Eric J. *A era dos impérios: 1875–1914*. Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*. Journal of Financial Economics, v. 3, p. 305–360, 1976.

KWIATKOWSKI, Grzegorz; AUGUSTYNOWICZ, Paweł. *State-owned enterprises in the global economy – analysis based on fortune global 500 list*. In: Managing intellectual capital and innovation for sustainable and inclusive society: management, knowledge and learning joint international conference. Italy, 2015.

LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. *Law and Finance*. Journal of Political Economy, v. 106, n. 6, p. 1113–1155, 1998.

MILHAUPT, Curtis J.; PARGENDLER, Mariana. *Governance challenges of listed state-owned enterprises around the world: national experiences and a framework for reform*. Cornell International Law Journal, v. 50, n. 3, p. 473–542, 2017. P. 534.

MILHAUPT, Curtis J.; PISTOR, Katharina. *Law & Capitalism: What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development Around the World*. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

MILHAUPT, Curtis J. *Chinese Corporate Capitalism in Comparative Context*. Duke Law School, 2015.

MILHAUPT, Curtis J. *Corporate Governance in an Era of Geoeconomics*. ECGI Law Working Paper n. 790/2024, Stanford University, European Corporate Governance Institute, jul. 2024.

MICHAELS, Ralf Christian. *Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law*. American Journal of Comparative Law, v. 57, n. 4, p. 765-795, 2009.

MONTEIRO, Vera; ROCHA FILHO, Jolivê Alvez da. *Empresas estatais prestadoras de serviço público vs exploradoras de atividades econômicas: uma dicotomia que não tem respaldo no direito positivo*. In: PINTO JUNIOR, Mário Engler; MASTROBUONO, Cristina M. Wagner; MEGNA, Bruno Lopes (Coord.). *Empresas estatais: regime jurídico e experiência prática na vigência da Lei nº 13.303/2016*. São Paulo: Almedina, 2022.

NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

OECD. *Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*. Paris: OECD Publishing, 2024.

OECD. *Subsidies, Competition and Trade: OECD Competition Policy Roundtable Background Note*. Paris: OECD Publishing, 2022.

PARGENDLER, Mariana. *Evolução do Direito Societário: Lições do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2021.

PARGENDLER, Mariana. *State Ownership and Corporate Governance*. New Haven: Yale Law School; São Paulo: FGV Direito SP, 2012.

PETROBRAS – Petróleo Brasileiro S.A. *Demonstrações financeiras: exercício findo em 31 de dezembro de 2018: IFRS – Reais (R\$)*. Rio de Janeiro: Petrobras, 2019.

PORTO, Antônio José Maristrello; SANTOS, Renato Ferreira dos. *Compensação de empresas estatais pelo acionista controlador: limite material à persecução do interesse público*. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 22, n. 127, p. 310-333, jun./set. 2020.

PINTO, Henrique Motta; Pinto Júnior, Mario Engler. *Empresas Estatais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAJAN, Raghuram G.; ZINGALES, Luigi. *Making Capitalism Work for Everyone*. Journal of Applied Corporate Finance, v. 16, n. 4, p. 101–108, 2004.

RIBEIRO, Milton Nassau. *Aspectos Jurídicos da Governança Corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

RICARDINO, Álvaro; MARTINS, Sofie Tortelboom Aversari. *Governança corporativa: um novo nome para antigas práticas?* Revista Contabilidade & Finanças, São Paulo, n. 36, p. 50-60, set./dez. 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. *Governança Corporativa no Brasil e no Mundo: Teoria e Prática*. 3. ed. Vinhedo-SP: Virtuous Company, 2021.

SILVEIRA, Gabriel Abreu da; DAL POZZO, Emerson Luís. *Perspectivas de reembolso dos custos com políticas públicas nas empresas estatais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, p. 265-284, maio/ago. 2021.

SCHAPIRO, Mario Gomes. *Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma Rule of Law e a relevância das alternativas institucionais*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 213-252, jan./jun. 2010.

SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SHLEIFER, A.; VISHNY, R. W. *A survey of corporate governance*. Journal of Finance, v. 52, n. 2, p. 737-783, 1997.

TERRA, Paulo Cruz. *Cidadania e trabalhadores: cocheiros e carroceiros no Rio de Janeiro (1870-1906)*. Rio de Janeiro: Prefeitura do Rio de Janeiro/Casa Civil/Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro, 2013.

TRUBEK, David. *The “rule of law” in development assistance: past, present, and Future*. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. *The New law and Development – a critical appraisal*. Nova Iorque: Cambridge, 2006.

SIEMS, Mathias M. *What does not work in comparing securities laws: a critique on La Porta et al.'s methodology*. International Company and Commercial Law Review, v. 16, n. 10, p. 300-305, 2008.

SOKOL, D. Daniel. *Competition Policy and Comparative Corporate Governance of State-Owned Enterprises*. Brigham Young University Law Review, v. 2009, n. 6, p. 1713–1811, 2009.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Legislador Frankenstein! – Não é possível transplantar governança das empresas privadas às empresas estatais*. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel (Coord.). *Estatuto Jurídico das Estatais: análise da Lei nº 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *World Trade Report 2006: Exploring the Links between Subsidies, Trade and the WTO*. Geneva: WTO Publications, 2006.



TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA E A IMPORTÂNCIA DA TRAVA SISTÊMICA

TAX SETTLEMENT AND THE IMPORTANCE OF THE SYSTEM-IMPOSED RESTRICTION

Fernanda Pietrobon Deparis

Procuradora da Fazenda Nacional

Laísa Domingues Fernandes

Procuradora da Fazenda Nacional

RESUMO: A transação para solução dos litígios teve ascensão com o advento do CPC/15, que passou a prever e estimular a solução consensual de controvérsias, cujos efeitos atingiram até mesmo a seara tributária, a partir da Medida Provisória nº 899/2019, convertida na Lei nº 13.988/2020, na qual foram estabelecidos os parâmetros e diretrizes, a fim de viabilizar maior eficiência e efetividade no recebimento dos créditos tributários, em prol do interesse público. Além disso, a legislação estabeleceu as consequências de eventual rescisão, dentre elas a trava sistêmica de adesão aos editais de transação, que impede os contribuintes de formalizar nova transação tributária, por dois anos contados da data da rescisão. Em razão disso, diversos contribuintes passaram a ajuizar demandas, com objetivo de flexibilizar, seja para a alteração do termo *a quo* do impedimento, seja para julgar a ilegalidade/inconstitucionalidade da norma. Todavia, os fundamentos suscitados não se sustentam, diante da imprescindibilidade de observância aos princípios da legalidade, isonomia, segurança jurídica, moralidade e eficiência, além da impossibilidade de o Poder Judiciário se imiscuir no mérito administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Transação Tributária. Rescisão. Trava Sistêmica.

ABSTRACT: The use of settlement agreements for dispute resolution gained prominence with the advent of the Brazilian Civil Procedure Code (CPC/15), which began to provide for and encourage the consensual resolution of controversies. The effects of this extended even to the tax área, starting with Provisional Measure nº 899/2019, converted into Law nº. 13.988/2020, which established the parameters and guidelines to enable greater efficiency and effectiveness in the collection of tax credits, in favor of the public interest. Furthermore, the legislation established the consequences of eventual rescission or termination, including the system-imposed restriction from adhering to settlement notices, which prevents taxpayers from formalizing a new tax settlement, counting from the date of rescission. Consequently, several taxpayers began to file lawsuits, aiming to introduce flexibility, whether to alter the *dies a quo* of the impediment, or to rule on the illegality/unconstitutionality of the provision. However, the arguments raised are unfounded, given the indispensable need for adherence to the principles of legality, equality, legal certainty, morality, and efficiency, in addition to the impossibility of the Judiciary to interfere with the administrative discretion.

KEYWORDS: Tax Settlement. Rescission. System-imposed Restriction.

1. INTRODUÇÃO

A transação tributária foi regulamentada em um cenário de incentivo à solução consensual de controvérsias, a partir da Medida Provisória nº 899/2019, convertida na Lei nº 13.988/2020, bem como por intermédio da Portaria PGFN/ME nº 6.757/2022, cujo objetivo era viabilizar maior eficiência e efetividade na arrecadação dos créditos tributários.

A legislação estabeleceu inclusive as condutas e as consequências decorrentes da rescisão da transação tributária, dentre elas a trava sistêmica inibitória de nova formalização de transação pelo contribuinte pelo prazo de dois anos, a contar da data da rescisão, a fim de de-

sestimular o inadimplemento das parcelas e incentivar o contribuinte a manter a regularidade fiscal, com a quitação de seu débito tributário e a efetiva extinção da obrigação tributária, preservando a efetividade do programa.

Sucede que diversas demandas foram ajuizadas, com o intuito de flexibilizar a trava sistêmica, seja para a alteração do termo *a quo* do impedimento, seja para julgar a ilegalidade/inconstitucionalidade da norma.

Diante disso, pretende-se demonstrar que os argumentos que lastreiam a causa de pedir da flexibilização da trava são frágeis e vão de encontro com o interesse público e com a própria finalidade da transação tributária.

2. O CUMPRIMENTO DO ACORDO DE TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO FORMA DE EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PRINCIPAL E AS CONSEQUÊNCIAS DE SUA RESCISÃO

A obrigação tributária principal resulta da relação existente entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, consubstanciada no dever de pagar tributo, e materializada no crédito tributário, após o lançamento operado pela autoridade administrativa.

Segundo os ensinamentos de Machado (2019, p. 125) a obrigação tributária principal é a relação jurídica na qual o particular (sujeito passivo) tem o dever de dar dinheiro ao Estado (sujeito ativo) e o Estado tem o direito de constituir contra o particular um crédito.

As formas de extinção do crédito tributário, que acarretam, em regra, na extinção da obrigação tributária, estão elencadas no Art. 156 do Código Tributário Nacional (CTN) e abrangem a transação, condicionada ao cumprimento de seus requisitos.

O Código Civil (CC), embora não conceitue o termo transação, prevê a possibilidade de entabulamento do acordo para o encerramento de litígios, em seu Art. 840: “Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.”.

De igual forma, o Art. 171 do CTN disciplina:

Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção de crédito tributário.

Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.

A transação, portanto, configura-se como ato jurídico bilateral que mediante concessões recíprocas dos sujeitos ativo e passivo visa extinguir obrigações tributárias discutidas judicial ou administrativamente, ou mesmo prevenir eventuais controvérsias.

Ressalta-se, entretanto, que a transação tributária depende de previsão expressa em lei autorizadora, além de somente ser cabível para extinguir controvérsia, não podendo ser utilizada para prevenir litígio (MACHADO, 2019, p. 221).

Nesse sentido, a autoridade administrativa somente pode encerrar litígios por intermédio da transação, se houver lei que estabeleça as condições objetivas da celebração, o que justificou a demora na implementação do instituto, diante da ausência de previsão legal e regulamentadora.

Em suma, infere-se que o principal objetivo da transação é a manutenção da arrecadação com menor custo e litigiosidade, desde que cumpridos os requisitos legais e regulamentares.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), os meios alternativos de solução consensual de controvérsias ganharam destaque como norma fundamental, sendo previsto expressamente no Art. 3º, §§ 2º e 3º, do CPC¹, que o Estado deve incentivar, sempre que possível, os meios consensuais de resolução dos conflitos.

Nesse contexto, o legislador federal regulamentou o Art. 171 do CTN, instituindo a transação tributária federal por meio da Medida

1 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Provisória nº 899/2019, publicada apenas em 16 de outubro de 2019, e convertida na Lei nº 13.988/2020, em 14 de abril de 2020.

A partir disso, a relação entre a Fazenda Pública Federal e os contribuintes foi estreitada, diante da imprescindível proximidade para a formalização das negociações, além do compartilhamento de parte das decisões.

A Lei nº 13.988/2020 estabeleceu condições e requisitos para que a União, as suas autarquias e fundações, e os devedores ou as partes adversas realizem transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária (Art. 1º).

Segundo o Art. 1º, § 1º, da Lei nº 13.988/2020, a transação de créditos federais é regida pelos princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da transparência, da moralidade, da razoável duração dos processos e da eficiência e, resguardadas as informações protegidas por sigilo, o princípio da publicidade.

A finalidade da transação, por seu turno, é orientada pela razoável duração do processo, eficiência administrativa e redução de litigiosidade, privilegiando a realidade de cada contribuinte, sob a ótica da capacidade de pagamento contributiva (Art. 145, § 1º, da CF), o tipo e o montante do crédito tributário, o lapso temporal de manutenção da dívida e demais particularidades materiais e processuais específicas, aprimorando a justiça fiscal.

Salienta-se que a extinção da obrigação tributária somente ocorrerá se cumpridas as condições pactuadas, ou seja, não basta a assinatura do termo de acordo de concessões mútuas, mas também o seu integral cumprimento pelo contribuinte (Art. 3º, §3º, da Lei nº 13.988/2020).

De outro lado, a lei impõe a rescisão da transação em caso de descumprimento de suas condições ou adoção de uma das condutas abaixo delineadas:

Art. 4º Implica a rescisão da transação:

I - o descumprimento das condições, das cláusulas ou dos compromissos assumidos;

II - a constatação, pelo credor, de ato tendente ao esvaziamento patrimonial do devedor como forma de fraudar o cumprimento da transação, ainda que realizado anteriormente à sua celebração;

III - a decretação de falência ou de extinção, pela liquidação, da pessoa jurídica transigente;

IV - a comprovação de prevaricação, de concussão ou de corrupção passiva na sua formação;

V - a ocorrência de dolo, de fraude, de simulação ou de erro essencial quanto à pessoa ou quanto ao objeto do conflito;

VI - a ocorrência de alguma das hipóteses rescisórias adicionalmente previstas no respectivo termo de transação; ou

VII - a inobservância de quaisquer disposições desta Lei ou do edital.

Contudo, a concretização da rescisão perpassa por um processo administrativo, nos termos do Art. 4º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 13.988/2020:

Art. 4º Implica a rescisão da transação: (...)

§ 1º O devedor será notificado sobre a incidência de alguma das hipóteses de rescisão da transação e poderá impugnar o ato, na forma da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, no prazo de 30 (trinta) dias.

§ 2º Quando sanável, é admitida a regularização do vício que ensejaria a rescisão durante o prazo concedido para a impugnação, preservada a transação em todos os seus termos.

Nesse sentido, em observância à cooperação (Art. 6º do CPC/2015), ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal (Art. 5º, LV, da CF), o contribuinte será notificado e poderá impugnar o ato rescisório em 30 dias da notificação, ou até mesmo regularizar sua situação, a fim de preservar a transação pactuada, cuja processo rescisório incumbe à Procuradoria da Fazenda Nacional (Art. 14 da Lei nº 13.988/2020, c/c Art. 6º, III, da Portaria PGFN/ME nº 6.757/2022).

Aliás, até o julgamento definitivo de eventual impugnação, caberá ao contribuinte permanecer cumprindo os termos do acordo (Art. 74 da Portaria PGFN/ME nº 6.757/2022).

Isto porque a procedência do recurso tornará sem efeito o motivo ensejador da rescisão (Art. 75 da Portaria PGFN/ME nº 6.757/2022), de modo que as condições da transação devem permanecer hígidas.

Em contrapartida, a improcedência, acarretará a definitividade do ato rescindendo (Art. 76 da Portaria PGFN/ME nº 6.757/2022), cujas consequências estão descritas no Art. 4º, §§ 3º e 4º da Lei nº 13.988/2020 e Art. 77 da Portaria PGFN/ME nº 6.757/2022, respectivamente:

Art. 4º Implica a rescisão da transação: (...)

§ 3º A rescisão da transação implicará o afastamento dos benefícios concedidos e a cobrança integral das dívidas, deduzidos os valores já pagos, sem prejuízo de outras consequências previstas no edital.

§ 4º Aos contribuintes com transação rescindida é vedada, pelo prazo de 2 (dois) anos, contado da data de rescisão, a formalização de nova transação, ainda que relativa a débitos distintos.

Art. 77. A rescisão da transação:

I - implica o afastamento dos benefícios concedidos e a cobrança integral das dívidas, deduzidos os valores pagos;

II - autoriza a retomada do curso da cobrança dos créditos, com execução das garantias prestadas e prática dos demais atos executórios do crédito, judiciais ou extrajudiciais; e

III - impede o devedor, pelo prazo de 2 (anos) contados da data de rescisão, de formalizar nova transação, ainda que relativa a débitos distintos.

Por conseguinte, a rescisão da transação inibe a formalização de nova transação pelo contribuinte pelo prazo de dois anos, contados da data da rescisão, além de ter o condão de afastar os benefícios concedidos e retomar a cobrança integral do crédito tributário, deduzidos os valores já pagos.

Nesse ponto, convém consignar que o Art. 4º da Portaria PGFN/ME nº 6.757/2022 estabelece três modalidades de transação na cobrança da dívida ativa da União e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

(FGTS), quais sejam: (i) transação por adesão à proposta da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; (ii) transação individual proposta pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; e (iii) transação individual proposta pelo devedor inscrito em dívida ativa da União e do FGTS.

No que atine à modalidade de transação por adesão, poderá o contribuinte, ao verificar sua impossibilidade de pagamento, antes do início do procedimento de rescisão, optar por cancelar a negociação, sem ensejar em uma das hipóteses de rescisão, ou até mesmo efetuar a repactuação do acordo, se houver previsão no edital respectivo.

Caso opte pelo cancelamento, não incidirão as consequências da rescisão.

Esse é o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4):

TRIBUTÁRIO. TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA. L 13.988/2020, VEDAÇÃO TEMPORAL, TRANSAÇÃO ANTERIOR RESCINDIDA, LEGALIDADE . CANCELAMENTO DE PARCELAMENTO ANTERIOR, DISTINÇÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DE NORMA QUE LIMITA BENEFÍCIO FISCAL. 1. A Lei nº 13.988/2020, que disciplina as transações tributárias no âmbito da União, suas autarquias e fundações, dispõe, no § 4º do Art. 4º que aos contribuintes com transação rescindida é vedada, pelo prazo de 2 (dois) anos, contado da data de rescisão, a formalização de nova transação, ainda que relativa a débitos distintos. 2. A restrição temporal está expressamente prevista em lei, não podendo o Fisco superá-la por regulamento ou ato individual, tampouco incumbindo ao Poder Judiciário ultrapassá-la quando há presunção e aparência de compatibilidade com preceitos constitucionais . Precedentes. 3. Caso em que não foi aplicada a vedação prevista no § 4º do Art. 4º da Lei nº 13.988/2020, uma vez que não houve rescisão do parcelamento anterior, mas apenas o cancelamento por falta do pagamento da entrada, situações fiscais que não se equivalem, conforme distinção tecida nos artigos 11 e 12 do Edital PGDAU 3/23. As restrições ao auferimento de benefícios legais devem ser interpretadas restritivamente. 4. Manutenção da sentença que concedeu a segurança por fundamentos diversos . (TRF4 - RemNec: 50022979820244047114 RS, Relator.: MARCELO DE NARDI, Data de Julgamento: 19/09/2025, 1ª Turma, Data de Publicação: 22/09/2025)

Por outro lado, as modalidades de transação individual não admitem o cancelamento por impossibilidade de pagamento, até mesmo porque o contribuinte tem uma conduta mais ativa nessa modalidade de negociação.

Não obstante, é admitida nesses casos o fenômeno da repactuação, a fim de alterar condições e compromissos, diante de alterações supervenientes, desde que antecedente ao procedimento de rescisão da transação².

À guisa do exposto, infere-se diversas possibilidades e condutas que podem ser adotadas pelo contribuinte antes de ensejar o ato de rescisão da transação e, conseqüentemente, impedir a trava de dois anos.

3. A TRAVA SISTÊMICA DE ADESÃO AOS EDITAIS DE TRANSAÇÃO E A IMPOSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO

A redação da Medida Provisória nº 899/2019 não previa o impedimento de aderir à nova transação, pelo período de dois anos, caso a transação anterior tivesse sido objeto de rescisão.

Apenas durante o trâmite legislativo para conversão da referida medida provisória na Lei nº 13.988/2020 é que houve emendas parlamentares para a inclusão da trava de aderir à nova transação pelo contribuinte pelo prazo de dois anos, contados da data da rescisão da transação anterior.

As Emendas nº 149, 176 e 205 tiveram por escopo restringir a transação para débitos transacionados anteriormente, sob as seguintes justificativas:

O inciso III do Art. 5º, ao definir as hipóteses em que é vedada a transação, deixa de considerar a situação dos débitos que já foram inseridos em parcelamentos anteriores, ou beneficiados com descontos, ou mesmo objetos de transação anterior, o que permitiria a rediscussão de passivos que já foram dados como reconhecidos e consolidados para fins de pagamento. Além de trazer insegurança jurídica, tal omissão poderá gerar perdas de receita, visto que se trata de débitos já em fase de pagamento.

² Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/servicos/solicitar-repactuacao-de-acordo-de-transacao-em-curso>>. Acesso em: 14 out. 2025.

Ademais, é preciso impedir que sejam beneficiados com tal situação – que parte da premissa de que haja interesse público na solução de controvérsias jurídicas e administrativas - os chamados “devedores contumazes” e os que praticaram apropriação indébita tributária ou previdenciária, pois, à luz do seu comportamento, não podem ser merecedores de tal favorecimento, mas tratados com o máximo rigor.

Os sucessivos REFIS editados pelo governo federal não afetam de forma relevante e positiva a arrecadação tributária, criando uma cultura de não pagamento das obrigações pelos contribuintes, que ficam na expectativa da criação de um novo parcelamento com condições especiais, conforme estudos divulgados pela Receita Federal do Brasil.

Portanto, os REFIS incentivam os contribuintes a postergarem o pagamento de suas dívidas tributárias à espera de um novo programa de parcelamento, com descontos generosos de multa e juros. Portanto, os REFIS incentivam a sonegação, descumprimento de acordos tributários e fomentam a falta de cidadania e da responsabilidade social.

Com a emenda acima, busca-se limitar a concessão de renúncia de receitas a créditos categorizados como de baixa e média recuperação ou irrecuperáveis, pois não é razoável que tais benefícios sejam concedidos a contribuintes que possuem plena capacidade de pagamento.

Com efeito, infere-se que o objetivo para a inclusão da trava sistêmica para aderir à nova transação por dois anos foi desestimular o inadimplemento das parcelas e incentivar o contribuinte a manter a regularidade fiscal, com a quitação de seu débito tributário e a efetiva extinção da obrigação tributária, preservando a efetividade do programa.

Nesse sentido é a interpretação de Araujo e Rocha (2025), segundo os quais a trava consiste em um mecanismo de garantia do cumprimento dos acordos de transação dentro das condições previamente estabelecidas entre os sujeitos da relação jurídica tributária, cuja finalidade é a garantia da regularidade fiscal daqueles que os utilizam.

Sem embargo, o instituto da transação exige que haja concessões mútuas entre os contraentes, cujo objetivo central é a solução do litígio

entre as partes da relação jurídica, sem que uma delas adote condutas deliberadas no sentido de aderir às políticas públicas com a única finalidade de obter um benefício temporário, como a obtenção da certidão de regularidade fiscal.

Isto é, a transação tributária regida pela Lei nº 13.988/2020 buscou, sobretudo, a transformação da antiga ordem em direção a um modelo de cooperação, no qual se impõe que as regras impeçam o desvirtuamento do instituto, de modo a evitar que seja um mero instrumento de regularização imediata do devedor, tal como ocorria com os parcelamentos (CAVALCANTI; PEREIRA, 2025).

Aliás, embora a celebração da transação decorra do juízo de conveniência e oportunidade da União (Art. 1º, §1º da Lei nº 13.988/2020), estará sempre delimitada e vinculada por lei, para que atenda ao interesse público, com critérios pré-estabelecidos, de modo que cabe ao contribuinte aderir ou não aos seus termos.

A razão disso repousa no fato de que a transação tributária é regida pelas normas de Direito Público, o que equivale a dizer que, em razão do princípio da legalidade, o poder discricionário da administração pública está limitado pelos parâmetros e diretrizes determinados pelo legislador (OLIVEIRA, 2013, p. 82).

Portanto, a partir da adesão, os contraentes ficarão vinculados ao que foi pactuado e ao incidirem em alguma das hipóteses que ocasiona a rescisão, devem ser submetidos ao previsto na lei, na portaria e no edital.

Entrementes, a segurança jurídica advinda da lei exsurge para garantir não apenas a eficácia dos direitos, mas também que todos possam prever as consequências jurídicas dos comportamentos adotados, garantindo, assim, a certeza e a igualdade (CARRAZZA, 2019, p. 344).

Assim, a determinação legal de que o devedor é impedido de formalizar nova transação, ainda que relativa a débitos distintos, pelo prazo de dois anos, contados da rescisão, configura-se como uma norma imperativa, dotada de exigibilidade e com a aplicabilidade igual a todos.

Com mais razão ainda se considerar que o Direito Tributário se apresenta como um direito de intervenção estatal, que demanda das autoridades um comportamento ajustado rigorosamente ao princípio da legalidade (CARRAZZA, 2019, p. 347).

Vale dizer, se a lei delimita os parâmetros, não há discricionariedade para flexibilização.

Em outras palavras, se o contribuinte deve ser protegido pelo princípio da legalidade, a fim de evitar cobranças indevidas e normas indeterminadas, o mesmo é aplicável ao Estado, para que aplique a norma individual e concreta sem a quebra de sua legítima expectativa e, por conseguinte, evitando a litigiosidade, a imprevisibilidade e até mesmo a quebra da isonomia, com segurança no procedimento adotado, notadamente diante da necessidade arrecadatória para a manutenção das políticas públicas.

Aliás, o instituto da transação deve seguir rigorosamente ao conjunto de condições legais que a regem, de acordo com a conformidade fiscal, a fim de garantir sua sobrevivência a longo prazo (ARAUJO; ROCHA, 2025), ou seja, para a sustentabilidade fiscal, é imprescindível a manutenção e o estrito cumprimento da lei.

Sucedo que os contribuintes passaram a ajuizar inúmeras demandas, com causa de pedir calcada na flexibilização da norma inserta no Art. 4º, §4º da Lei nº 13.988/2020, com a modificação dos critérios normativos previamente fixados, seja para a alteração do termo *a quo* do impedimento, seja para julgar a ilegalidade/inconstitucionalidade da norma.

Segundo dados obtidos pelo *Dashboard* da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional³, houve um acionamento do Poder Judiciário em mais de 8.000 (oito mil) manifestações, entre iniciais e recursos, na tentativa de burlar a trava sistêmica de adesão aos editais de transação, pondo em risco a finalidade da transação de reduzir a litigiosidade.

Os contribuintes lastreiam seus fundamentos, em suma, na:
(i) impossibilidade de regulamentação por meio da Portaria PGFN

3 Documento interno da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com restrição de acesso.

nº 6.757/2022⁴; (ii) violação à reserva de lei complementar, nos termos do Art. 146, III, *b*, da Constituição Federal de 1988 (CF/88); (iii) violação dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da livre iniciativa e da função social da empresa; (iv) configuração de sanção política, por impedir o contribuinte de utilizar a principal via de regularização fiscal.

Essa tentativa de burla deve ser, no entanto, refutada pelo Poder Judiciário, tendo em vista que não há qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na previsão dessa trava temporal.

Convém consignar, a propósito, que o ajuizamento dessas demandas está em descompasso com o próprio intuito da transação tributária, na medida em que seu objetivo é a terminação de litígios, além da consciência/cidadania fiscal do contribuinte.

Os argumentos dos contribuintes, de igual modo, não são suficientes para impedir a trava sistêmica.

Isto porque não existe ofensa ao princípio da legalidade tampouco à reserva de lei complementar.

A regulamentação pela Portaria PGFN nº 6.757/2022 está embasada na Lei nº 13.988/2020, que prevê expressamente a trava de dois anos em caso de rescisão da transação tributária.

No que tange à reserva de lei complementar, o Art. 146, III, *b*, da CF/88, dispõe:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

Nesse sentido, a Lei nº 5.172/1966 (CTN) - que foi recepcionada materialmente com *status* de Lei Complementar – instituiu normas

4 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5). Agravo de Instrumento nº 0801350-37.2025.4.05.0000. Relator: Desembargador Federal Francisco Alves dos Santos Júnior, 12 de fevereiro de 2025. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2025/3/1C72B20C91621B_decisao-pgfn.pdf. Acesso em: 15 out. 2025.

gerais de direito tributário e contempla a previsão da transação como forma de extinção do crédito tributário (Art. 156, III, do CTN). Inclusive, estabelece que caberá a lei definir a forma como se formalizará a negociação (Art. 171 do CTN).

Portanto, não há nenhuma violação à reserva de lei complementar, na medida em que o CTN autoriza que lei ordinária estabeleça os parâmetros para a realização da transação.

Não fosse o bastante, na ADI 2405/RS fixou-se o entendimento de que não há reserva de lei complementar para tratar acerca das hipóteses de suspensão e extinção do crédito tributário:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. LEI DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL 11.475/2000 . PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. COBRANÇA JUDICIAL DE CRÉDITOS INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA. REVOGAÇÃO DE PARTE DA NORMA IMPUGNADA. CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO . PRECEDENTES. PREVISÃO DE MODALIDADES DE EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM LEI ESTADUAL. (...) TRIBUTÁRIAS COM PRECATÓRIOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR EM MENOR EXTENSÃO . AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE EM PARTE. 1. (...). 2. Não há reserva de Lei Complementar Federal para tratar de novas hipóteses de suspensão e extinção de créditos tributários . Possibilidade de o Estado-Membro estabelecer regras específicas de quitação de seus próprios créditos tributários. (...) . Procedência em parte da Ação Direta de Inconstitucionalidade. (STF - ADI: 2405 RS, Relator.: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 20/09/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 03/10/2019)

Desse modo, não há qualquer inconstitucionalidade na previsão da transação tributária por meio da Lei nº 13.988/2020.

Sobre o assunto, Oliveira (2013, p. 111-112) defendeu que o comando do Art. 171 do CTN se refere a uma lei genérica e não específica:

A despeito dos posicionamentos de escol em sentido contrário, parece que a lei a que se referiu o legislador ao tratar da transação tributária é genérica. Primeiro, porque realmente exigir uma lei para cada caso concreto de transação significaria dificultar

(senão inviabilizar) a transação em matéria tributária, tornando letra morta o disposto no Art. 171 do CTN. Segundo, em razão de uma interpretação histórica e teleológica do referido dispositivo: o Art. 210 do anteprojeto do CTN elaborado por Rubens Gomes de Sousa previa que a *lei tributária* poderia autorizar a transação; posteriormente, quando da elaboração do Projeto do CTN, suprimiu-se o adjetivo *tributária* do dispositivo; a justificativa apresentada para tanto foi de que outras leis, inclusive a lei orgânica do Ministério Público, poderia autorizar a transação. (...) Ora, evidencia-se, pois, que a intenção da comissão era permitir que mesmo uma lei genérica, que não especificasse caso a caso as particularidades do conflito e as condições para sua celebração, pudesse autorizar a transação em matéria tributária entre a Fazenda e os contribuintes.

Nesse sentido, a lei (genérica) a que faz referência a legislação tributária poderia facultar a realização da transação pela autoridade administrativa, atribuindo-lhe uma certa margem de discricionariedade.

Destarte, nada impede que a Lei nº 13.988/2020 trate a respeito das situações e condições nas quais admite-se a celebração da transação, cuja regulamentação seja feita pela administração, por meio de Portaria.

Também não se configuram as alegadas violações princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da livre iniciativa e da função social da empresa.

Consoante Santos (2020, p. 55-56), ser razoável no âmbito da transação tributária é fazer concessões equilibradas dentro dos limites da lei, sem que haja benefício excessivo de uma das partes, com a finalidade de respeitar o princípio máximo de justiça, satisfazendo a eficiência e a eficácia à máquina pública, que poderá usufruir dos recursos arrecadados com o fim do litígio, ao mesmo tempo que concede ao contribuinte a proteção da confiança.

A razoabilidade deve convergir com a proporcionalidade, para que o instituto da transação seja menos gravoso para os envolvidos (SANTOS, 2020, p. 55-56).

Portanto, a estipulação de um limite para o contribuinte aderir à nova transação após não ter cumprido a avença anterior, mesmo com

descontos e diferimento das prestações, além da suspensão de atos de cobrança extrajudicial e judicial pelo período que o passivo fiscal esteve transacionado, é proporcional e razoável (Art. 2º da Lei nº 9.784/1999), servindo de estímulo para o contribuinte honrar com o pactuado.

Ainda, ao invés de ofender a livre iniciativa e a função social da empresa, na verdade, a trava sistêmica assegura a vigência dos fundamentos e princípios da ordem econômica, tendo em vista que evita as práticas adotadas por devedores contumazes, além permitir um tratamento diferenciado ao contribuinte que possui responsabilidade fiscal.

Vale dizer, a inexistência da trava estimularia o inadimplemento e privilegiaria o mau pagador e o devedor contumaz por permitir que eles aderissem e rescindissem, a qualquer tempo, suas avenças com o Fisco, sem sofrer quaisquer consequências e tornando o instituto ineficaz, afrontando, por consequência, a eficiência administrativa (Art. 37, *caput*, da CF/88).

Destaca-se também, que a Lei nº 13.988/2020 veda expressamente a transação que envolva devedores contumazes (Art. 5º, II), e por corolário lógico, deve-se adotar medidas que impeçam condutas por eles adotadas.

O Art. 11 do Projeto de Lei nº 125/2022, ainda pendente de sanção, define o devedor contumaz da seguinte maneira:

Art. 11. Para os fins desta Lei Complementar, considera-se devedor contumaz o sujeito passivo cujo comportamento fiscal se caracteriza pela inadimplência substancial, reiterada e injustificada de tributos.

§ 2º Para os fins do disposto no caput deste artigo, considera-se inadimplência:

I – substancial:

a) em âmbito federal, a existência de créditos tributários em situação irregular, inscritos em dívida ativa ou constituídos e não adimplidos, em âmbito administrativo ou judicial, de valor igual ou superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais) e

equivalente a mais de 100% (cem por cento) do seu patrimônio conhecido, que corresponde ao total do ativo informado no último balanço patrimonial registrado na contabilidade, constante

da Escrituração Contábil Fiscal (ECF) ou da Escrituração Contábil Digital (ECD);

b) em âmbito estadual, distrital e municipal, a existência de créditos tributários

em situação irregular, inscritos em dívida ativa ou constituídos e não adimplidos conforme previsto em legislação própria, a qual poderá prever valores distintos dos previstos na alínea “a” deste inciso;

II – reiterada: a manutenção de créditos tributários em situação irregular em, pelo menos, 4 (quatro) períodos de apuração consecutivos, ou em 6 (seis) períodos de apuração alternados, no prazo de 12 (doze) meses;

III – injustificada: a ausência de motivos objetivos que afastem a configuração da contumácia.

Por conseguinte, permitir que a parte que causou a rescisão venha novamente a aderir uma rescisão, sem qualquer medida que a impeça de atuar dessa forma, em benefício próprio, configuraria em inadimplência, no mínimo, injustificada, o que afrontaria a própria lei de transação.

Embora a lei acima citada ainda dependa de sanção presidencial, Ambrosio (2022, p. 106-108) cita que a própria lei de transação já permite inferir condutas que impedem a adesão à transação:

O inciso I veda a utilização da transação tributária de forma abusiva, que venha a prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa econômica. O inciso II dispõe sobre a conduta fraudulenta de utilização de pessoa interposta, com o escopo de ocultar ou dissimular a origem ou a destinação de bens, de direitos e de valores, em prejuízo da Fazenda Pública Federal. Já o inciso III impede a alienação e oneração de bens ou direitos sem a devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigido em lei, o que poderia frustrar a transação tributária.

Já o artigo 4º da lei de transação apresenta as situações que acarretam a rescisão da transação tributária pactuada. Caminhando no mesmo sentido do artigo 3º, algumas das causas de rescisão, como se verá mais adiante, também exibem comportamentos do contribuinte danosos ao interesse público, que adentram o campo da ilicitude. Nesse sentido, algumas das causas de rescisão da transação acabam por tangenciar as concessões elencadas no

artigo 3º, incisos I, II, III, o que vai ao encontro da manutenção de uma ordem lógica de ideias na lei de transação.

Defende-se que eventual conceituação legal de devedor contumaz deve estar atrelada à ideia de um comportamento ilícito, que extrapola a mera inadimplência tributária, nocivo para o Fisco e, também, para toda a sociedade, sendo as concessões elencadas no artigo 3º e as causas de rescisão descritas no artigo 4º verdadeiros nortes de interpretação.

(...)

Importante ressaltar que as concessões mínimas, as causas de rescisão e a ideia de devedor contumaz estão relacionadas ao princípio da moralidade e da boa-fé. Trata-se, na verdade, de instrumentos de concretização da moralidade e da boa-fé, as quais devem permear todo e qualquer acordo entre Administração Pública e contribuinte. Não há de se falar em acordo sem confiança. E só há confiança, se as condutas são pautadas pela boa-fé e moralidade. Inclusive, enfatiza-se que ambos os princípios devem ser direcionados não apenas à Administração Pública, mas também aos contribuintes. Ambas as partes devem se ater à moralidade e à boa-fé.

A conclusão exarada é de que a trava sistêmica existe exatamente para assegurar a confiança entre as partes, visando sobretudo evitar que a parte aderente venha a rescindir ao seu alvedrio os termos acordados, causando prejuízo a todos os cidadãos, que dependem da arrecadação tributária.

Destaca-se também que a flexibilização da trava sistêmica configuraria também ofensa ao princípio da isonomia (Art. 150, II, da CF/88), com a concessão do mesmo tratamento ao contribuinte adimplente e ao contribuinte mau pagador.

Além de ofender a moralidade administrativa (Art. 37, *caput*, da CF), princípio basilar da administração pública de um Estado Democrático de Direito, pois a ausência de consequência estimularia o inadimplimento e ocasionaria dano ao Erário e afronta à concretização de políticas públicas, por frustrar a arrecadação de receitas públicas.

A legislação objetiva ainda garantir a função social da empresa, tanto é que os acordos pactuados permitem aos contribuintes melhores condições de pagamento, em um ambiente colaborativo com a União.

Nesse sentido, Ambrosio (2022, p. 111-112) defende que a viabilidade da concessão de descontos atende a função social da empresa:

Assim sendo, é plausível dizer que o fornecimento de condições mais benéficas, em

sede de transação tributária, para empresas em situação de falência, recuperação judicial e liquidação, promove não apenas a função social da empresa, mas também o interesse público, seja pelo aumento na arrecadação, seja pela diminuição dos custos de cobrança.

Nesse contexto, a Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020 permite a concessão de descontos nas multas, nos juros de mora e nos encargos legais relativos a créditos transacionados na modalidade de transação de créditos inscritos na dívida ativa da União, cujos contribuintes sejam empresas em processo de recuperação judicial, liquidação judicial, liquidação extrajudicial e falência. Consoante o artigo 11 da lei de transação, os créditos de referidas empresas são considerados irrecuperáveis ou de difícil recuperação, o que viabiliza a concessão dos descontos.

Por fim, a trava sistêmica de dois anos não configura uma sanção por ato ilícito, ao impedir o contribuinte de utilizar a principal via de regularização fiscal nesse lapso temporal.

Máxime porque não se está criando uma nova regra de incidência tributária com descrição de uma conduta ilícita pelo contribuinte, o que é vedado pelo Art. 3º do CTN⁵. Apenas se está vedando nova transação, diante do descumprimento pelo contribuinte, a fim de desestimular condutas deliberadas e a ausência de responsabilidade fiscal do cidadão.

Machado (2019, p. 59) afirma que quando se diz que o tributo não constitui sanção de ato ilícito equivale a dizer que a lei não deve incluir na hipótese de incidência tributária o elemento ilicitude.

A trava sistêmica não se caracteriza como um elemento da hipótese de incidência, mas sim uma consequência do descumprimento dos termos da transação, que resulta na rescisão.

5 Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Desse modo, não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir no mérito da transação, a fim de flexibilizá-la, sem a estrita observância das normas legais e editais, notadamente porque a adesão à transação não é compulsória, mas uma vez pactuada, deve ser cumprida em conformidade com a legislação.

A posição do TRF4 assegura esse entendimento:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSAÇÃO DE DÉBITOS. REQUISITOS. ATO ILEGAL DA AUTORIDADE FAZENDÁRIA NÃO CARACTERIZADO. 1. A adesão à transação dos créditos tributários decorre de livre e espontânea vontade do contribuinte, fazendo uso da faculdade que lhe garante a lei, não existindo qualquer forma de obrigatoriedade ou compulsoriedade nessa opção; porém, para sua adesão, o contribuinte deve cumprir com as condições impostas, disciplinadas na forma legal, não lhe sendo dado alterá-las da maneira e forma que melhor lhe aproveite. 2. Consoante o artigo 18 da Portaria PGFN nº 6.757/2022: Aos devedores com transação rescindida é vedada, pelo prazo de 2 (dois) anos contados da data de rescisão, a formalização de nova transação, ainda que relativa a débitos distintos. 3. Ausentes novos elementos a alterar o entendimento adotado, resta mantida a decisão que analisou o pedido de efeito suspensivo. (TRF4 - AG: 50208835420254040000 RS, Relator.: MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, Data de Julgamento: 19/09/2025, 2ª Turma, Data de Publicação: 22/09/2025)

Assim, em ponto diametralmente oposto, deverá mitigar o litígio e prestigiar o propósito da consensualidade, da pactuação e da transigência, evidenciando que os protagonistas são as partes, e manter a carência de dois anos, sob pena de invalidar e acabar com o próprio instituto, além de violar a separação dos poderes (Art. 2º da CF/88).

Portanto, a atuação do Poder Judiciário, circunscreve-se ao campo da eventual análise da regularidade e da legalidade do ato, sendo vedada qualquer interferência no mérito administrativo.

Sob essa ótica, há diversas decisões judiciais.

O TRF4 já deliberou que a existência da trava temporal não afronta a proporcionalidade ou a razoabilidade, pois se trata de um re-

quisito objetivo que tem por objetivo evitar que o contribuinte abuse de seu direito de transacional com a Fazenda Nacional.

Nesse sentido:

(...) Não identifico ilegalidade na vedação a que contribuintes com transação rescindida formalizem nova transação pelo prazo de dois anos, por consistir em critério objetivo, aplicável a todos os contribuintes que se encontram nessa situação e por se tratar de medida necessária para que devedores não se utilizem da transação com a finalidade de obstar indefinidamente a cobrança de créditos tributários.(...) (TRF4 - AG: 50399252620244040000 RS, Relator.: MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, Data de Julgamento: 14/11/2024, 2ª Turma, Data de Publicação: 14/11/2024)

Ademais, o mesmo Tribunal deliberou que a decisão sobre o pedido de adesão dos contribuintes às modalidades de transação é ato privativo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, não podendo ao Poder Judiciário intervir, visto que se trata de oportunidade e conveniência da própria Procuradoria.

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI N.º 13.988/2020. PORTARIA PGFN N.º 6.757/2022. VEDAÇÃO LEGAL. 1. O requerimento de adesão à transação foi indeferido, pois a Lei nº 13.988/2020 e a Portaria PGFN nº 6.757/2022 vedam nova negociação por dois anos após a rescisão de transação anterior por inadimplência. 2. A transação tributária é uma forma de extinção de litígio e de crédito tributário, conforme o Art. 171 do CTN. 3. Não compete ao Poder Judiciário ajustar a transação aos interesses do contribuinte, modificando os critérios normativos previamente fixados, pois a definição dos critérios e condições para adesão a programas de transação é prerrogativa da Fazenda Pública, pautada pelo interesse público. Precedentes do TRF4 confirmam este entendimento. (TRF4, AC 5004560-14.2025.4.04.7100, 1ª Turma, Relatora LUCIANE A. CORRÊA MÜNCH, julgado em 12/11/2025)

O TRF4 ressaltou, por fim, que a Lei nº 13.988/2020 é expressa no sentido de que a contagem do prazo de dois anos para aderir à nova transação tem início com a data em que formalizada a rescisão anterior.

Outrossim, o julgamento de pedido de adesão a qualquer modalidade de transação é ato privativo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pautado em critérios de oportunidade e conveniência (Art. 1º, § 1º, da Lei nº 13.988/2020), inclusive, não cabendo ao Poder Judiciário substituí-la. De outro modo, a lei acima reproduzida toma como ponto de partida, para contagem do período de 2 (dois) anos em que é proibida a formalização de nova transação, a data em que efetuada a rescisão, e não, como quer a impetrante, a data do vencimento das parcelas que ensejaram o encerramento da conta ou a data em que a rescisão poderia ter sido efetuada. (...) (TRF4 - AG: 50399252620244040000 RS, Relator.: MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, Data de Julgamento: 14/11/2024, 2ª Turma, Data de Publicação: 14/11/2024)

Em consonância, o Tribunal Regional da 3ª Região (TRF3) decidiu que a transação tributária deve obedecer aos princípios da legalidade estrita, da indisponibilidade do interesse e da confiança, sendo razoável a trava sistêmica de dois anos, não cabendo ao Poder Judiciário intervir no negócio jurídico firmado entre o contribuinte e a Administração Pública.

Nesse sentido:

(...) A transação é negócio jurídico que, por sua própria natureza, pressupõe anuência das partes envolvidas. Tendo em vista que uma das partes, neste caso, é a Administração Pública, a análise de seus termos deve ser ainda mais criteriosa, diante dos princípios que regem a atuação administrativa, tais como a legalidade estrita e a indisponibilidade do interesse público. Tratando-se de benefício fiscal, sob reserva da lei (CTN, Art. 171), não cabe ao Poder Judiciário afastar eventuais impedimentos previstos legalmente. Ademais, o impedimento para transacionar no período de 2 anos desde a rescisão da última transação, previsto no artigo 4º, § 4º, da Lei nº 13.988/2020, é razoável, considerando a confiança depositada pela Administração no acordo firmado, que restou descumprido. (...). (TRF 3ª Região, 2ª Turma, Ap-Civ - APELAÇÃO CÍVEL - 5004704-55.2024.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal JOSE CARLOS FRANCISCO, julgado em 13/10/2025, Intimação via sistema DATA: 15/10/2025)

Sobre o termo inicial da contagem do prazo de quarentena, o TRF3 posicionou-se no sentido de que o prazo se inicia da data da decisão administrativa que formaliza a rescisão, e não na data do inadimplemento contratual, conforme entendimento do próprio tribunal e do Superior Tribunal de Justiça:

A legislação de regência estabelece que a rescisão da transação não é automática, exigindo procedimento administrativo prévio, com notificação do devedor, prazo para impugnação e possibilidade de regularização do vício. A Portaria PGFN nº 6.757/2022 prevê que, enquanto não julgada definitivamente a impugnação, a transação permanece produzindo efeitos, sendo a rescisão aperfeiçoada apenas com a decisão administrativa conclusiva. A interpretação sistemática dos dispositivos legais e regulamentares conduz à conclusão de que a manifestação administrativa é ato constitutivo da rescisão, fixando-se a partir dela o termo inicial do prazo de impedimento. Jurisprudência do TRF3 e do STJ, por analogia, reconhece que, quando a lei prevê procedimento administrativo para exclusão ou rescisão, o termo inicial de prazos correlatos é a data da decisão formal. No caso concreto, a rescisão formal ocorreu em 06/12/2023, sendo este o marco inicial do prazo de dois anos, o que inviabiliza a adesão ao programa do Edital PGDAU nº 6/2024. (TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5017477-52.2025.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO MORIMOTO JUNIOR, julgado em 06/10/2025, Intimação via sistema DATA: 07/10/2025)

Percebe-se assim que a trava sistêmica aos editais de transação tributária é proporcional, razoável e atende à cooperação, em consonância com os meios consensuais de resolução de litígios, e deve ser obedecida, sem poder ser flexibilizada pelo Poder Judiciário, mormente porque os argumentos para seu afastamento não possuem sustentáculo no ordenamento jurídico.

4. CONCLUSÃO

A transação tributária, estabelecida pela Lei nº 13.988/2020 e regulamentada pela Portaria PGFN/ME nº 6.757/2022, é um avanço para a solução consensual de controvérsias, visando maior eficiência na arrecadação de créditos e redução da litigiosidade.

Trata-se de um ato jurídico bilateral que exige o cumprimento integral das condições pactuadas para a extinção da obrigação.

A legislação prevê a rescisão da transação em caso de descumprimento, o que acarreta a perda dos benefícios, a cobrança integral da dívida e, primordialmente, a vedação de nova transação pelo prazo de dois anos.

É essa trava sistêmica, inserida na Lei nº 13.988/2020 a partir de emendas parlamentares, que o presente artigo se dedicou a analisar e defender, refutando a fragilidade dos argumentos que buscam sua flexibilização.

O objetivo da restrição temporal é desestimular o inadimplemento, incentivar a regularidade fiscal e coibir o uso da transação apenas para obter benefícios temporários, como a certidão de regularidade fiscal, sem a intenção de honrar o acordo.

Os fundamentos dos contribuintes que buscam a flexibilização ou anulação da trava não se sustentam.

A vedação não ofende o princípio da legalidade, pois está prevista na Lei nº 13.988/2020 e regulamentada pela Portaria PGFN/ME nº 6.757/2022. Igualmente, não se verifica violação à reserva de lei complementar, pois o CTN autoriza que lei ordinária estabeleça os parâmetros para a transação e o STF já firmou entendimento de que não há reserva para tratar de extinção do crédito tributário.

Ademais, a trava não fere os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da livre iniciativa ou da função social da empresa. Pelo contrário, a ausência de consequência para o descumprimento estimularia o inadimplemento, privilegiando o mau pagador e o devedor contumaz, o que ofenderia a isonomia, a moralidade e a eficiência administrativa.

A restrição é uma norma imperativa e objetiva, essencial para a segurança jurídica e para evitar o abuso do direito de transacionar.

Decisões de Tribunais Regionais Federais (TRF4 e TRF3) corroboram o entendimento de que a trava temporal é um requisito objetivo e razoável, necessário para a eficácia do instituto.

Conclui-se, assim, que a trava sistêmica de dois anos é uma medida proporcional, razoável e indispensável para a preservação da transação tributária, garantindo o interesse público, a regularidade fiscal, o estímulo ao adimplemento.

Sua manutenção, em observância à lei, é crucial para que a transação cumpra sua finalidade de promover a consensualidade e a eficiência na recuperação dos créditos, sem se tornar um mecanismo de fraude ou protelação da dívida, preservando a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Juliana Furtado Costa; ROCHA, Matheus Ribeiro. Transação tributária: por que um prazo de 2 anos para novo acordo por contribuintes inadimplentes? JOTA, São Paulo, 6 abr. 2025. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/transacao-tributaria-por-que-um-prazo-de-2-anos-para-novo-acordo-por-contribuintes-inadimplentes>>. Acesso em: 15 nov. 2025.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 out. 2025.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em: 16 out. 2025.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 16 out. 2025.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 16 out. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 16 out. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. Dispõe sobre a transação resolutiva de litígios que envolvam a cobrança de créditos da União, das autarquias e das fundações públicas federais; e altera a Lei nº 13.464, de 10 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113988.htm>. Acesso em: 16 out. 2025.

BRASIL. Medida Provisória nº 899, de 16 de outubro de 2019. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/mpv/mpv899.htm>. Acesso em: 16 out. 2025.

BRASIL. Portaria PGFN/ME nº 6.757, de 29 de julho de 2022. Dispõe sobre a transação na cobrança de créditos da Fazenda Nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 ago. 2022. Disponível em: <<https://in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-pgfn/me-n-6.757-de-29-de-julho-de-2022-418965941>>. Acesso em: 16 out. 2025.

BRASIL. Proposta de Emenda nº 149 à Medida Provisória nº 899, de 2019. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1866721&filename=EMC+149/2020+MPV89919+%3D%3E+MPV+899/2019>. Acesso em: 16 out. 2025.

BRASIL. Proposta de Emenda nº 176 à Medida Provisória nº 899, de 2019. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1866748&filename=EMC+176/2020+MPV89919+%3D%3E+MPV+899/2019>. Acesso em: 16 out. 2025.

BRASIL. Proposta de Emenda nº 205 à Medida Provisória nº 899, de 2019. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1866778&filename=EMC+206/2020+MPV89919+%3D%3E+MPV+899/2019 >. Acesso em: 16 out. 2025.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei Complementar nº 125, de 2022. Dispõe sobre a instituição do Código de Defesa do Contribuinte, define o devedor contumaz e altera a legislação tributária. Brasília, Distrito Federal, 2022. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2996469&filename=PLP%20125/2022 >. Acesso em: 16 nov. 2025.

BRASIL. STF. ADI: 2405 RS, Relator: Alexandre de Moraes, julgado em 20 de setembro de 2019, publicado em 03 de outubro de 2019. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751044400> >. Acesso em: 16 out. 2025.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3). Agravo de Instrumento nº 5017477-52.2025.4.03.0000, Relator: Desembargador Federal Antonio Morimoto Junior, julgado em 06 de outubro de 2025, 1ª Turma, publicado em 07 de outubro de 2025. Disponível em: <<https://web.trf3.jus.br/jurisprudencia/Home/ListaColecao/9?np=36>>. Acesso em: 16 nov. 2025.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3). Apelação Cível nº 5004704-55.2024.4.03.6128, Relator: Desembargador Federal Jose Carlos Francisco, julgado em 13 de outubro de 2025, 2ª Turma, publicado em 15 de outubro de 2025. Disponível em: <<https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/339197663>>. Acesso em: 16 out. 2025.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4). Agravo de Instrumento nº 50399252620244040000 RS, Relatora: Maria de Fátima Freitas Labarrère, julgado em 14 de novembro de 2024, 2ª Turma, publicado em 14 de novembro de 2024. Disponível em: < https://eproc-jur.trf4.jus.br/eproc2trf4/externo_controlador.php?acao=jurisprudencia@jurisprudencia/download_inteiro_teor&id_jurisprudencia=41733520691249085563538306092&termosPesqui >.

sados=NTAzOTkyNS0yNi4yMDI0LjQuMDQuMDAwMHw1MD-M5OTI1MjYyMDI0NDA0MDAwMHw1MDM5OTI1LTI2LjIwMj-QuNC4wNC4wMDAw>. Acesso em: 16 out. 2025.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4). Agravo de Instrumento nº 5020883-54.2025.4.04.0000 RS, Relatora: Maria de Fátima Freitas Labarrère, julgado em 19 de setembro de 2025, 2ª Turma, publicado em 22 de setembro de 2025. Disponível em: < https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50208835420254040000%20&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&txtChave=&seq=> >. Acesso em: 18 nov. 2025.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4). Apelação Cível nº 5004560-14.2025.4.04.7100, Relatora: Luciane A. Corrêa Münch, julgado em 12 de novembro de 2025, 2ª Turma, publicado em 14 de novembro de 2024. Disponível em: < https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&selOrigem=TRF&txtValor=50045601420254047100> >. Acesso em: 15 out. 2025.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4). Remessa Necessária nº 5002297-98.2024.4.04.7114/RS. Relator: Marcelo de Nardi, julgado em 19 de setembro de 2025, 1ª Turma, publicado em 22 de setembro de 2025. Disponível em: <https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50022979820244047114&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&txtChave=>>. Acesso em: 18 nov. 2025.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5). Agravo de Instrumento nº 0801350-37.2025.4.05.0000. Relator: Desembargador Federal Francisco Alves dos Santos Júnior, julgado em 12 de fevereiro de 2025. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2025/3/1C72B20C91621B_decisao-pgfn.pdf. Acesso em: 15 out. 2025.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 32 ed., rev., ampl. e atual. até a Emenda Constitucional n. 99/2017. São Paulo: Malheiro, 2019.

CAVALCANTI, Ana Carolina Nóbrega de Paiva; PEREIRA, Caio Graco Nunes de Sá. Impedimento bienal para transacionar: entre o remédio e o veneno. JOTA, 21 set. 2025. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/impedimento-bienal-para-transacionar-entre-o-remedio-e-o-veneno>>. Acesso em: 15 nov. 2025.

D'AMBROSIO, Renata Gontijo. Transação Tributária na Atividade de Realização da Dívida Ativa da União: Análise da Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2022. 2022. 128 f. Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, como requisito parcial para obtenção do título de mestre. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/17535/1/62100041.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2025.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 40. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2019.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. A Transação em Matéria Tributária. 2013. 245 f. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Econômico e Financeiro, em nível de Mestrado. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-03042017-140125/publico/Dissertacao_Mestrado_Phelippe_Toledo_Pires_de_Oliveira_INTEGRAL.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2025.

REPACTUAR transação individual em vigor. Gov, 2025. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/servicos/solicitar-repactuacao-de-acordo-de-transacao-em-curso>>. Acesso em: 16 out. 2025.

SANTOS, Helder Silva dos. Transação Tributária: Limites, Desafios e Propostas. 2020. 168 f. Dissertação apresentada à Banca Examinadora como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/f590fbc8-36ae-47ed-82ee-c53ef1dd2811/content>>. Acesso em: 15 nov. 2025.



A SECURITIZAÇÃO DE CRÉDITOS PÚBLICOS APÓS A LEI COMPLEMENTAR Nº 208, DE 2 DE JULHO DE 2024: UM DIÁLOGO CRÍTICO ENTRE A MODELAGEM FINANCEIRA PRIVADA E O INTERESSE PÚBLICO

THE SECURIZATION OF PUBLIC CREDITS AFTER LAW Nº 208, OF JULY 2, 2024: AN ANALYSIS BETWEEN PRIVATE FINANCIAL MODELING AND PUBLIC INTEREST

Luciana Belo Soares

RESUMO: O artigo aborda a securitização de créditos públicos como alternativa aos entes Públicos para realização de direitos creditórios, impulsionada pela recente aprovação da Lei Complementar nº 208/2024 (LC nº 208). O objetivo do estudo foi, em um primeiro momento, analisar a modelagem financeira da securitização de ativos na iniciativa privada para, posteriormente, realizar uma análise crítica das disposições da LC nº 208, avaliando se o modelo legal contempla adequadamente os interesses do tomador (ente público) e do investidor, mediante revisão bibliográfica. A lei possui acertos, mas suscita controvérsias que desafiam a formação de preços e a viabilidade da operação. Os pontos críticos incluem a dificuldade de conciliar o sigilo fiscal dos devedores com a necessária transparência para o investidor; o problema do agente de cobrança ser mantido como a Fazenda Pública; e a ausência de parâmetros para o ágio. Embora a securitização seja uma alternativa importante de captação de recursos, conclui-se que a disciplina estabelecida pela LC nº 208 é revestida de contradições e exige um aprofundamento do debate doutrinário, além de pronunciamentos dos órgãos de contro-

le, para se verificar a sua real vantajosidade para o interesse público, bem como a regulação deverá considerar as especificidades do setor público e o perfil heterogêneo dos entes subnacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Mercado de Capitais. Securitização. Crédito Público.

ABSTRACT: The article analyzes the securitization of public credits as an alternative for public entities to realize credit rights. This securitization has become more popular because of the recent approval of Complementary Law N° 208/2024 (LC n° 208). The study's objective was to analyze the financial modeling of asset securitization in the private sector and conduct a critical analysis of the provisions of LCA n° 208, evaluating whether the legal model adequately accommodates the interests of the borrower (public entity) and the investor. The law has merits, but also has controversies that challenge the adequate pricing and viability of the operation. Critical points include the difficulty of reconciling the debtors' tax confidentiality with the need for transparency for the investor; the issue of keeping the Public Treasury as the collection agent of the transaction and the absence of parameters for the premium/discount (ágio/deságio). In conclusion, although securitization is an important alternative for increasing revenue, the discipline established by LC n°. 208 is fraught with contradictions and requires a deeper doctrinal debate, in addition to pronouncements from control bodies, to verify its real advantage for the primary public interest, as well as the regulation must consider the specificities of the public sector and the heterogeneous profile of subnational entities.

KEYWORDS: Capital Market Law. Securitization. Public Credit.

1. INTRODUÇÃO

A gestão contemporânea da Dívida Ativa reivindica mecanismos eficazes para a recuperação de créditos inadimplidos. Nas últimas décadas, o mecanismo tradicional de cobrança de créditos pelo poder público – o ajuizamento de Execuções Fiscais – está sendo posto em xeque diante da constatada ineficiência do seu resultado, de acordo com dados do Relatório Justiça em Números (CNJ, 2024, p. 189), mesmo com o uso de todas as prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo.

A utilização dos mecanismos indiretos e extrajudiciais de cobrança possui ampla aceitabilidade atual. O Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu a obrigatoriedade de utilização prévia dos mecanismos indiretos de cobrança no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.355.208, julgado sob a sistemática de repercussão geral. Atualmente, o ajuizamento de execução fiscal deve ser precedido medidas indiretas de cobrança.

Na busca por mais avanços, em 2 de julho de 2024 foi aprovada a Lei Complementar nº 208 (LC nº 208), a qual alterou a Lei nº 4.320/64, para incluir o Artigo 39-A e estabelecer a possibilidade de securitização do crédito público.

A securitização de créditos, tal como a conhecemos hoje, possui origem nos Estados Unidos, conforme relata Lima Neto (2007), e foi adotada no Brasil, em um primeiro momento, para determinados setores econômicos que possuíam previsão legislativa, como os ramos imobiliário, agronegócio e financeiro.

Atualmente, a securitização é um dos principais mecanismos de captação de recursos de terceiros como alternativa à tomada de crédito pelas empresas no país. No ano de 2024, houve recorde na emissão de valores mobiliários, com destaque para a renda fixa e a securitização, que atingiram R\$ 776,2 bilhões – o que representou um crescimento de aproximadamente 70% em relação a 2023 (CVM, 2025).

A partir desse cenário, o presente artigo objetiva analisar brevemente a modelagem financeira da securitização de ativos praticada na iniciativa privada, sem, contudo, ter a pretensão de esgotar o tema. O intuito é entender, em um primeiro momento, qual o racional econômico e expor a estruturação jurídica que viabiliza as operações de securitização, em atenção ao binômio captação barata de recursos *versus* retorno financeiro ao investidor.

Em um segundo momento, o trabalho analisa as disposições legais da LC nº 208, comparando-se a estruturação da operação proposta pelo legislador, mas sem olvidar as prerrogativas da Fazenda Pública e da peculiaridade do interesse público primário como condição inerente à existência do crédito público.

Propõe-se, assim, a análise crítica da modelagem da securitização do crédito público estabelecida em lei a fim de avaliar se o modelo previsto pelo legislador contempla, de forma adequada, os interesses do tomador e do investidor. Também se almeja analisar se há viabilidade no binômio de acesso facilitado a recursos de terceiros por quem cede os créditos e do retorno financeiro, assim como do apetite a risco do investidor.

2. SECURITIZAÇÃO NO MERCADO PRIVADO

2.1. Securitização como modalidade de captação de recursos

As sociedades empresárias em geral necessitam de recursos para viabilizar as suas atividades, seja no início, ao adquirir os ativos imobilizados destinados à consecução da atividade-fim, seja por necessidades periódicas, como a modernização ou momentos de oscilações do cenário econômico, dentre outras razões.

Os recursos poderão advir por meios próprios, como no caso do aumento de capital, aportado pelos próprios sócios. Esta possibilidade exige a conjugação de dois fatores: pronta disponibilidade de recursos e a vontade de restringir seu patrimônio para apostar no crescimento do negócio. Não havendo um dos fatores, não acontecerá o aporte.

Outra possibilidade é o uso de recursos oriundos do retorno gerado pelo próprio negócio. “Essa alternativa restringe os projetos da empresa ao montante de recursos que ela é capaz de gerar, o que pode levar ao desperdício de oportunidades e à limitação das perspectivas de crescimento. É o reinvestimento dos lucros na própria sociedade” (Comissão de Valores Mobiliários, 2024, p. 229).

Não é raro, porém, que o empresário não disponha de meios próprios para atender à demanda da sociedade empresária. Quando isso ocorre, a outra possibilidade que se apresenta é a obtenção de financiamento por meio de recursos de terceiros.

O mecanismo tradicional para acessar recursos de terceiros é por meio de contratação de operação de empréstimo junto a instituições financeiras. As instituições financeiras são entidades autorizadas a fun-

cionar pelo Banco Central do Brasil, para que exerçam a intermediação de recursos entre poupadores e tomadores, captando e emprestando recursos em nome próprio, e que não estão sujeitas à limitação da taxa de juros de 12% ao ano, prevista no Decreto nº 22.626/1933.

Nesta hipótese, a pessoa jurídica procura uma instituição que conceda crédito, celebrando um contrato de mútuo feneratício (atualmente, em verdade, emitindo uma Cédula de Crédito Bancário, título de crédito previsto na Lei nº 10.931/2004), a partir do qual (i) contrai uma dívida e (ii) se compromete a ressarcir a quantia contratada acrescida de juros. A esse respeito, a Comissão de Valores Mobiliários destaca:

Embora muitas vezes seja interessante financiar-se por meio de dívida, nem sempre essa oportunidade está disponível ou pode não ser adequada às necessidades da empresa (...). A utilização de capital de terceiros, entretanto, quando utilizada em excesso, aumenta a vulnerabilidade da empresa aos humores da economia e a expõe a um maior nível de risco. Como consequência, o custo do financiamento é maior, podendo, em alguns casos, inviabilizar o negócio (Comissão de Valores Mobiliários, 2024, p. 230).

Noutro giro, é possível acessar recursos de terceiros em uma lógica diversa. A solução, neste caso, opera-se por meio da alienação de ativos, em que a pessoa jurídica aliena bens e direitos a um terceiro, o qual lhe entrega determinada quantia em dinheiro, em contrapartida. Uma espécie desse tipo de manobra são as operações de desconto de recebíveis. Nesta operação, o captador de recursos possui diversos direitos de crédito em face de terceiros – os quais contrataram os seus serviços ou adquiriram suas mercadorias, mediante pagamento a prazo –, e aliena a terceiro, mediante a cobrança de um deságio (desconto).

Em casos como esse, não há aumento do endividamento, mas, sim, a diminuição de ativos a receber. Uma vez alienado o crédito, há a antecipação do pagamento para o momento presente. Em contrapartida, a sociedade empresária recebe um valor menor do que o negociado nos termos originais, pois pagará pelo custo do tempo antecipado.

Ao final, o adquirente do direito creditório torna-se titular do crédito contra o adquirente do bem/serviço, sendo remunerado pelo pa-

gamento do devedor originário nos valores negociados originalmente. Note-se que não é uma operação de intermediação financeira realizada pelas instituições bancárias supervisionadas pelo Banco Central do Brasil.

A securitização, a seu turno, conceitua-se como um mecanismo de captação de recursos de terceiros por intermédio do mercado de capitais. De acordo com Gazoni e Mollein:

A securitização serve tanto como forma alternativa de financiamento, aumentando o leque de opções de entidades que buscam aumentar sua flexibilidade financeira, quanto como uma opção mais barata de obtenção de recursos. Quando outras formas de financiamento são de difícil acesso, a securitização pode ser o único caminho economicamente viável de se conseguir fundos para se investir em projetos ou, até mesmo, manter as operações (Gazoni; Mollein, 2007, p. 91).

A Securitização é, portanto, um mecanismo mais sofisticado de alienação de ativos, ultrapassando a estrutura simplificada de operação de desconto. Isso porque há a cessão de direitos creditórios a um Veículo de Propósito Econômico (VPE) – figura central na estrutura da operação, responsável pela emissão de valores mobiliários, que serão ofertados a investidores, conforme passa-se a abordar.

2.2. Conceito e estrutura da securitização

A securitização, segundo o Artigo 2º, VII, da Resolução CVM nº 60/2021, é caracterizada como a “(...) aquisição de direitos creditórios para utilização como lastro de emissão de títulos de securitização para colocação junto a investidores, cujo pagamento é primariamente condicionado ao recebimento de recursos dos direitos creditórios e demais bens, direitos e garantias que lastreiam a emissão” (CVM, 2021).

Segundo a própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM), “(...) securitizar é transformar créditos a receber – como os provenientes das vendas a prazo nas atividades comerciais, financeiras ou prestação de serviços – em títulos negociáveis no mercado” (CVM, 2024, p. 86).

A natureza jurídica da securitização é uma operação envolvendo “(...) negócios jurídicos coligados, voltados a uma causa-finalidade co-

mum” (Ribeiro Jr., 2019, p. 153). Dessa forma, os contratos celebrados no arranjo dessa estrutura devem ser interpretados conjuntamente.

No mesmo sentido, Leite afirma que:

“Não se trata de negócio jurídico único tipificado denominado 'securitização'. Na verdade, é a formação de um negócio por diversos atos sucessivos e constantes, com o escopo único de viabilizar juridicamente a operação de cessão de direitos de crédito (Leite, 2007, p. 53).

A praxe mercadológica prevê dois contratos principais: primeiro, a pessoa jurídica interessada em acessar recursos de terceiros faz a cessão dos seus ativos ao VPE; segundo, o VPE emite valores mobiliários, que serão ofertados ao mercado, tendo como lastro os ativos adquiridos no primeiro negócio jurídico. Caminha assim explicita o funcionamento da estrutura:

Na prática, a operação consiste em que a sociedade que possui o ativo a ser securitizado que se denomina originador - transfere esse ativo a um veículo especificamente criado para esse fim, sem atividade operacional, que pode ser uma sociedade, um fundo, um trust denominado veículo de propósito exclusivo, ou VPE, que, por sua vez, emitirá títulos lastreados nos créditos recebidos, captando, assim, recursos que serão repassados ao originador, como pagamento pela cessão dos créditos ou de outro ativo utilizado. Em linhas gerais, esse tipo de operação consiste em que o originador segregue de seu patrimônio geral determinado ativo em um VPE, por intermédio de uma cessão de crédito ou de contrato. A partir do lastro representado pelo ativo cedido, o VPE emitirá títulos a serem adquiridos por investidores, que, assim, antecipam uma receita que só no futuro seria realizada pelo originador (Caminha, 2007, p. 41).

Ressalte-se que há a possibilidade de haver a securitização por meio da cessão de títulos representativos de dívida, como letras financeiras ou debêntures emitidas pela pessoa jurídica, mas esta ocorrência não será objeto de estudo do presente artigo, que se limitará aos lastros oriundos da alienação de ativos.

Destaque-se que o retorno objetivado pelos investidores é oriundo do lastro da operação. Isso importa dizer que a expectativa é de que não haverá novos desembolsos pela pessoa jurídica cedente, caso a engenharia financeira desenhada se confirme, mediante o adimplemento da carteira dos créditos cedidos ao VPE.

Conforme explicita Caminha (2007, p. 38-39), há a transferência de titularidade dos direitos creditórios ao VPE, em caráter definitivo, de forma que “(...) esses títulos são vendidos a investidores e os recursos coletados servem de contraprestação pela cessão dos ativos”. Assim, os recursos captados junto aos investidores serão destinados, ao final, ao captador originador da operação.

O que remunerará os investidores provém do volume de direitos creditórios que foram cedidos ao VPE. Portanto, para garantir o êxito da operação, é necessário que sejam cedidos ativos suficientes para: (i) obter o volume de recursos que a pessoa jurídica necessita; (ii) pagar os custos da operação, o que inclui a remuneração do VPE; e (iii) remunerar os juros aos investidores.

2.3. Veículo de Propósito Específico

Lima Neto explicita que a securitização é estruturada por etapas: a primeira é identificar o interesse de uma pessoa jurídica em captar recursos por essa modalidade de operação; após, há a identificação dos ativos viáveis para estruturar a operação; e, por fim, a estruturação da operação em si, mediante a “(...) montagem do veículo que irá servir de sustentação legal para essa estrutura” (Lima Neto, 2007, p. 14-15).

O VPE é uma figura central na estruturação da operação de securitização. Isso porque ele se caracteriza como um agente externo à pessoa interessada em captar os recursos de terceiros, que irá comprar os direitos creditórios deste captador de recursos, garantindo a segregação patrimonial. O VPE é bem caracterizado por Lima Neto, da seguinte forma:

Essa estrutura vai funcionar de acordo com o que for estabelecido em um regulamento, constituído especialmente para determinar quais tipos de ativos serão adquiridos, como serão comprados e a quê preço, além de normatizar o funcionamento

da estrutura e o dos seus participantes. Além disso, essa construção jurídica deverá permitir o efetivo isolamento do risco de crédito da originadora, determinando que os ativos adquiridos não terão o direito de regresso (...). Dessa forma fica o trust ou FIDC protegido contra o risco de falência da originadora, pois os recebíveis foram efetivamente vendidos pela originadora ao veículo utilizado para a estrutura de securitização (Lima Neto, 2007, p. 15-16).

No mercado brasileiro, há dois mecanismos que figuram como VPE: os Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDCs) e as companhias Securitizadoras, como destaca Melo (2023). Nesse âmbito, ressalta-se que a figura do *Trustee*, comum nas operações realizadas nos Estados Unidos, não possui previsão no Direito brasileiro, como ressalta Ribeiro Jr. (2019).

Os FIDCs, assim como os fundos de investimento em geral, são entes despersonalizados que possuem natureza jurídica de condomínio de natureza especial, conforme estabelece o Artigo 1.386-C do Código Civil. Segundo Leite (2007, p. 51), os FIDCs “(...) captam recursos em mercado de capitais organizado, com a emissão pública de suas quotas que são destinadas a investidores qualificados, nos termos da regulamentação editada pela CVM”.

Nesse interim, é preciso destacar que a propriedade das cotas dos investidores não se confunde com a carteira do próprio FIDC, composta pelos recebíveis adquiridos. Ainda, segundo o autor, “(...) trata-se, pois, de fundo de investimento cujo principal risco de investimento está atrelado ao adimplemento da carteira de direitos de crédito por ele adquirida, sendo o resultado deste adimplemento refletido na apreciação do valor da quota” (Leite, 2007, p. 51).

O arranjo que se desenha é a existência de um fundo que emite quotas, as quais são adquiridas por investidores interessados em sua titularidade. O FIDC, então, forma o seu patrimônio adquirindo os direitos creditórios previstos no inciso XII do Artigo 1º da Resolução CVM nº 175/2022, daqueles que alienam seus ativos para captar recursos, formando uma carteira de recursos que gerará a rentabilidade aos titulares das quotas.

As companhias securitizadoras, por seu turno, são pessoas jurídicas constituídas sob a forma de sociedade anônima, conforme estabelece o Artigo 18 da Lei nº 14.430/2022. Mesmo antes da edição deste diploma, as securitizadoras possuíam previsão normativa para atuar em atividades econômicas específicas: nos setores imobiliário (Lei nº 9.514/97) e do agronegócio (Lei nº 11.076/2004), além dos certificados de recebíveis financeiros (Resolução nº 2.493, de 7 de maio de 1998, do Conselho Monetário Nacional).

As securitizadoras possuem a prerrogativa de emitir Certificados de Recebíveis, os quais constituem valores mobiliários, conforme Artigo 19 da Lei nº 14.430/2022, e são definidos legalmente como “(...) títulos de crédito nominativos, emitidos de forma escritural, (...) de livre negociação, constituem promessa de pagamento em dinheiro”, nos termos do Artigo 20 da referida Lei (Brasil, 2022). Para tanto, as securitizadoras devem ser companhias registradas na CVM, conforme prevê a Resolução CVM nº 60/2022.

A securitização mediante companhia securitizadora consiste na existência dessa pessoa jurídica como o elo entre o captador dos recursos e os investidores. Há a operação de aquisição dos direitos creditórios em caráter definitivo, os quais serão alocados em um patrimônio de afetação ou uma sociedade de propósito específico (SPE), controlada pela Securitizadora, e, posteriormente, haverá a emissão de Certificados de Recebíveis para oferta aos investidores.

A escolha entre um VPE ou outro dependerá da estrutura da operação e será influenciada pela natureza e características dos direitos creditórios, de forma um mesmo originador poderá optar por VPEs distintos, conforme a necessidade de cada operação.

2.4. Aspectos financeiros da operação e dos direitos creditórios

Como visto, o VPE é responsável pela aquisição dos direitos creditórios do originador (recorde-se, o cedente interessado na captação de recursos de terceiros), que serão adimplidos em data futura. Os créditos serão utilizados como lastro da operação.

Tais créditos são cedidos em caráter definitivo ao VPE e, em regra, não há co-obrigação do originador quanto ao adimplemento ou aporte de recursos adicionais, salvo previsão contratual expressa. A

praxe mercadológica da securitização tem por objetivo que o lastro da operação, por si só, pague toda a operação e remunere os investidores.

Dessa forma, é importante destacar que o lastro não se confunde com a garantia da operação. Os recebíveis adquiridos de forma definitiva pelo VPE possuem a vantagem de serem ativos isolados, que são alienados em caráter definitivo, estando imunes à responsabilidade patrimonial do originador.

Assim, conforme já explicitado, os direitos creditórios serão a fonte primária do pagamento de toda a operação. Contudo, objetivando diminuir o risco de inadimplemento da carteira de ativos, é possível haver a instituição de garantias a serem prestadas pelo originador. Nesse sentido, Ribeiro Jr. pontua a possibilidade da previsão de garantias como mecanismo jurídico válido:

(...) caso o risco de crédito da carteira de recebíveis seja menor que o risco de crédito da entidade cedente, o custo de captação de recursos na securitização de recebíveis será menor do que aquele verificado em um mútuo bancário que tenha o cedente como devedor ou em uma emissão de títulos devidos por este. Para obter este menor nível de risco, podem ser adotados, ainda, diversos mecanismos negociais na estrutura contratual da securitização com a finalidade de mitigar os riscos envolvidos na securitização, sobretudo de inadimplemento da carteira de créditos lastro, os quais podem ou não possuir a natureza de garantia (real ou fidejussória) no sentido jurídico (Ribeiro Jr., 2019, p. 25-26).

Note-se uma distinção essencial para a formação do preço da operação, conforme o grau de exposição a risco da operação: o risco de crédito do lastro (direitos creditórios) está atrelado à pessoa do cedido, isto é, aquele que contraiu a obrigação de pagamento do direito creditório em benefício do originador. Por outro lado, a qualidade da garantia prestada diretamente pelo originador (cedente) observa o risco de crédito deste agente.

Dessa forma, a análise de risco de crédito da operação de securitização se distingue da análise de crédito das operações de financiamento bancário, uma vez que o foco não está no risco de crédito do originador, conforme Gazoni e Mollein destacam:

O foco principal da análise de operações com ativos existentes tende a ser composto pelas políticas e procedimentos de origemação, além dos riscos legais e operacionais, como administração da carteira, e geralmente o rating atribuído a uma operação estruturada desse tipo independe da qualidade de crédito do originador dos ativos, a não ser que a entidade esteja fornecendo algum tipo de reforço de crédito ou liquidez. Assim, os principais pontos analisados são: a administração e a organização; as formas de produção, que incluem o tipo/natureza dos ativos a serem securitizados; política de crédito e cobrança dos ativos; performance histórica da carteira a ser securitizada; procedimentos de administração da carteira; e sistemas e infra-estrutura envolvidos na origemação, além do acompanhamento e cobrança dos recebíveis (Gazoni; Mollein, 2007, p. 97).

Na lição de Melo (2023), a lógica não é mensurar o risco de crédito do originador (cedente), pois o risco financeiro da operação está nos devedores deste originador, o que é decisivo para a formação do preço.

Ainda sobre os fatores de risco que influenciam na formação do preço da operação, ressalta-se a distinção da securitização entre créditos performados e não performados. Os créditos performados são aqueles em que já há um direito creditório regularmente constituído, ou seja, o originador possui um direito plenamente exigível contra o cedido, porque já realizou a contraprestação que lhe competia.

Por outro lado, o ordenamento jurídico permite o lastro dos créditos não performados, conforme previsto no Artigo 2º, inciso XVII, do Anexo II da Resolução CVM nº 175/2022, os quais se caracterizam por não constituírem como um direito de crédito já exigível, mas uma expectativa de direito ou um direito em constituição, pois o originador ainda não cumpriu a sua obrigação.

De acordo com a lição de Leite:

As aquisições de direitos de crédito pelos Fundos de Recebíveis são realizadas por meio da celebração de instrumentos de cessão de direitos de crédito performados ou não performados. Os direitos de crédito performados são aqueles já existentes, perfeitamente delineados que se consubstanciam em um direito líquido e certo de recebimento de um determinado fluxo de pagamentos.

Por sua vez, os direitos de crédito não performados são aqueles ainda pendentes de plena constituição, quer por um evento futuro provável ou por uma obrigação ainda não cumprida, caracterizando-se por serem uma expectativa de recebimento de um certo fluxo de pagamentos que dependerão da efetiva concretização do direito creditório. Os Fundos de Recebíveis caracterizam-se, portanto, por serem uma operação de securitização de direitos de crédito, ou seja, de securitização de um fluxo futuro de recebimentos representados por ativos financeiros ou não financeiros, ofertada a um público qualificado como alternativa de investimento de capital, atrelado exclusivamente à adimplência dos pagamentos dos direitos de crédito performados e, adicionalmente, à execução de obrigação futura pelo cedente do direito de crédito em se tratando de direito de crédito não performado (Leite, 2007, p. 51-52).

Note-se, assim, que os créditos não performados envolvem um duplo risco: o risco de crédito do cedido em adimplir a obrigação de pagamento e o risco de performance do originador, que deverá cumprir a sua prestação para que o direito creditório torne-se plenamente constituído e exigível, nos termos do Artigo 476 do Código Civil.

A securitização de créditos performados, por sua vez, pode envolver duas situações: direitos creditórios vincendos, com expectativa de regular adimplemento, ou créditos inadimplidos. Segundo Roque:

Com efeito, a securitização de créditos vencidos e pendentes de pagamento (o “mercado de cessões de créditos inadimplidos” mencionado) pode ser um atrativo negócio para entidades empresariais lidarem com o resultado da inadimplência por elas sofrida. Por outro lado, pode trazer um relevante retorno a investidores que se interessarem por papéis lastreados nesses ativos. O sucesso de mencionado empreendimento, no entanto, está intimamente atrelado à possibilidade de os créditos vencidos e não pagos serem recuperados, bem como, na outra ponta, cessionários e cedentes serem capazes de mitigar as quantias desembolsadas para pagamento de condenações em função de rotinas consideradas ilegítimas na tentativa de recuperação desses créditos (Roque, 2014, p. 11).

A securitização de créditos inadimplidos representa um mecanismo de limpeza de carteiras de ativos podres e a mitigação de preju-

ízos quando se está diante de estruturas ineficientes de recuperação de crédito.

Outro ponto a ser mensurado sobre os aspectos econômicos do lastro diz respeito ao fenômeno da revolvência, a qual é definida pelo inciso XXII do Artigo 2º do Anexo II da Resolução CVM nº 175/2022, como “(...) a aquisição de novos direitos creditórios com a utilização de recursos financeiros originados na carteira de direitos creditórios”.

Já segundo o inciso XI, do Artigo 2º, da Resolução CVM nº 60/2023, a revolvência consiste na “(...) aquisição de novos direitos creditórios com a utilização de recursos originados pelos direitos creditórios e demais bens e direitos que compõem o lastro da emissão”.

Conforme Ribeiro Jr. afirma:

“(...) as estruturas de securitização revolventes se caracterizam pela utilização dos recursos recebidos pelo VPE em decorrência do pagamento dos recebíveis originalmente adquiridos com os recursos captados junto aos investidores para a aquisição de novos recebíveis” (Ribeiro Jr., 2019, p. 40).

Na praxe mercadológica, o fenômeno da revolvência é aplicável para as operações de securitização em que os recebíveis possuam vencimento em prazo menor do que o do cronograma da própria operação. Assim, quando há o adimplemento de parte da carteira, parte dos direitos creditórios pagos pelos cedidos é utilizada para uma nova aquisição de novos direitos creditórios, junto ao originador, investindo recursos na operação de securitização.

Freitas assim define o aspecto operacional da revolvência da carteira:

É comum ainda verificar em operações envolvendo direitos creditórios de curto prazo, e consequentemente de “alto giro de carteira”, e em determinadas operações com múltiplos cedentes de direitos creditórios (“multi seller”) que o gestor atue como centralizador dos arquivos de direitos creditórios, recebendo as listagens (por meio eletrônico) dos direitos creditórios e as compilando em arquivo único a ser encaminhado ao custodiante do FIDC e ao agente cobrador dos direitos creditórios. Em virtude

de tais atribuições especiais o gestor faz jus a uma remuneração que geralmente se vincula à performance do fundo (Freitas, 2007, p. 68).

A revolvência possibilita o acesso às operações de securitização para pessoas jurídicas que desempenhem atividades com fluxos de caixa intensos, como nas operações de varejo. Dessa forma, a situação jurídica dos créditos que formam o lastro, como visto, compõe a formação desse preço.

Recorde-se que os aspectos financeiros da operação envolvem dois vieses: (i) preço a ser pago ao originador (cedente) pela compra dos ativos a serem cedidos e que formarão o lastro; e (ii) a taxa de remuneração aplicável ao valor aplicado pelos investidores.

Verifica-se, portanto, que a formação dos preços envolvem diversos aspectos que irão influenciar tais vieses, notadamente, o modelo de estruturação da operação, conforme o VPE escolhido; a existência de co-obrigação ou garantias ofertadas pelo originador; a situação jurídica do ativo a ser cedido; e o vencimento do direito creditório em relação ao tempo de duração da operação de securitização, dentre outros.

3. SECURITIZAÇÃO DE CRÉDITOS PÚBLICOS

3.1. As origens da Lei Complementar nº 208

A LC nº 208 alterou a Lei nº 4.320/64 para acrescentar o Artigo 39-A, estabelecendo que os entes federativos poderão ceder onerosamente “(...) direitos originados de créditos tributários e não tributários, inclusive quando inscritos em dívida ativa, a pessoas jurídicas de direito privado ou a fundos de investimento” (Brasil, 2024).

A positivação da norma decorreu da aprovação do Projeto de Lei Complementar nº 459/17 (PLP nº 459/17), de autoria do então Senador José Serra. O PLP nº 459/17 referenciou-se na experiência de securitização de recebíveis promovida pelo Estado de São Paulo, por meio da Companhia Paulista de Securitização (CPSEC).

Segundo o relator da proposta em Plenário, deputado Alex Mante, haveria o benefício de gerar capacidade de investimento sem ge-

rar ou aumentar imposto com a antecipação de recebíveis que ainda não foram pagos, diante da inefetividade do modelo atual de recuperação de créditos por meio de execuções fiscais. Ainda, conforme divulgado pela Câmara dos Deputados, a estruturação da engenharia financeira da operação pretende ser da seguinte forma:

Uma das formas, a mais usual, de se realizar essa transação é a criação de uma sociedade de propósito específico (SPE) pelo ente federado que vai ceder os créditos. Essa cessão à SPE poderá ser feita com dispensa de licitação. O próximo passo é a SPE emitir títulos que representam parcelas da dívida, geralmente **misturando dívidas com mais potencial de pagamento com outras de menor potencial de quitação com o objetivo de equilibrar o risco para o investidor**. Conforme o devedor do débito for pagando o parcelamento, parte desse dinheiro fica com o investidor comprador do título representativo da dívida e outra parte vai para a administração (deságio). **Quanto maior for a antecipação da receita proposta pelo investidor à SPE, maior pode ser o deságio para cobrir o risco de não receber a dívida parcelada**. Podem ser incluídas na transação de créditos as dívidas parceladas administrativamente, por parcelamento legal e judicial. De qualquer forma, podem ser objeto da securitização apenas os créditos já constituídos e reconhecidos pelo devedor ou contribuinte (...). Dessa maneira, o risco de não pagamento pelo devedor é transferido ao investidor. **Risco este amortizado pelo deságio** (valor menor a repassar à administração) **e minimizado pela mistura de créditos de mais risco com créditos de menor risco** (Câmara dos Deputados, 2024, s.p., grifos da autora).

Note-se que o debate público envolveu a percepção de que, para tornar a operação de securitização mais atraente para os investidores – logo, para ser viável –, faz-se necessária a cessão de créditos com maior potencial de recuperação. De outro lado, créditos com vencimentos longos geram maior antecipação, portanto, aumentam o risco e implicam em maior deságio, o que exige um debate acerca da vantajosidade da operação para o interesse público.

3.2. Os desafios da securitização de créditos públicos em relação aos aspectos de Direito Financeiro

O principal e atual debate jurídico em torno da possibilidade de securitizar ativos titularizados pelos entes públicos cinge-se a saber se a securitização é classificada como operação de crédito. As principais controvérsias em Direito Financeiro envolvem, sobretudo, as limitações constitucionais e legais impostas à margem de manobra dos créditos oriundos de receitas públicas derivadas. Todavia, cumpre ressaltar que não é o objetivo do presente trabalho realizar a imersão nesta controvérsia. Contudo, faz-se necessário destacar alguns pontos.

O debate sobre a securitização de créditos públicos enquadrar-se ou não como operação de crédito é um assunto prévio à estruturação da operação, pois, caso entendida como operação de crédito, a securitização deverá observar etapas e requisitos adicionais, como aqueles previstos no Artigo 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Paradoxalmente, entender se a securitização se configura como uma operação de crédito ou não requer a análise da etapa posterior do debate, com a análise da estrutura da operação de securitização enquanto um fator de endividamento ou de comprometimento intergeracional.

Cumpre destacar que o Artigo 29, III, da LRF estabelece um conceito amplo de operação de crédito, o que inclui o compromisso financeiro assumido em razão do “(...) recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas” (Brasil, 2000). A expressão legal “outras operações assemelhadas” denota que o objetivo do legislador foi elencar um rol exemplificativo para os negócios enquadrados como operação de crédito.

Os críticos à possibilidade de securitização apontam que a operação esbarra no Artigo 37, I, da LRF, e no Artigo 167, IV, da Constituição Federal. O dispositivo legal estabelece que se equipara à operação de crédito e é vedada a captação de recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido. Já a disposição constitucional estabelece que é vedada a vinculação da receita de impostos – receita derivada – a órgão, fundo

ou despesa, ressalvadas algumas exceções, como a prestação de garantia nas operações de crédito por antecipação de receita orçamentária (ARO).

A LC nº 208 tenta contornar essas controvérsias, estabelecendo no Art. 39-A, § 4º, da Lei nº 4.320/64, que a securitização de créditos públicos não se enquadra no Art. 29, III e IV, da LRF, sendo considerada “operação de venda definitiva de patrimônio público”. O parágrafo 5º do mesmo artigo estabelece que a securitização não incorre nas vedações do Art. 37 da LRF.

Nesse ínterim, parece acertada a decisão do legislador ao consignar que a securitização não se enquadra na vedação do Artigo 37 da LRF, pois o Art. 39-A, § 1º, V, da Lei nº 4.320/64 delimita que a cessão dos direitos creditórios deve “(...) recair somente sobre o produto de créditos já constituídos e reconhecidos pelo devedor ou contribuinte” (Brasil, 2024). Dessa forma, não há que se falar em cessão de créditos oriundos de relação jurídico-tributária em que o fato gerador ainda não ocorreu.

Por outro lado, é possível vislumbrar que o Artigo Art. 39-A, § 5º, da Lei nº 4.320/64 incorra em inconstitucionalidade formal. Isso porque o Artigo 167, IV, da Constituição Federal apresenta como regra geral a vedação à vinculação de receitas de impostos, e o próprio dispositivo constitucional traz as exceções à regra que cria. Logo, as exceções à vedação constitucional devem ser previstas no próprio texto da Constituição Federal.

O legislador tentou contornar a regra ao prever que a alienação de ativos se enquadra na exceção constitucional de atividade da Administração Tributária, o que não faz sentido, inclusive porque a lei previu a possibilidade de cessão de créditos não tributários. Logo, a securitização pode abranger créditos que estejam fora da gestão da Administração Tributária, como na hipótese de securitização de créditos oriundos de receitas originárias – como, por exemplo, securitizar recebíveis de contratos de aluguel de prédios próprios ou de alguma atividade econômica que desempenhe em intervenção direta no mercado.

Ademais, pode-se extrair o conceito de Administração Tributária a partir do Título IV do Livro Segundo do Código Tributário Nacional

(CTN, 1966), que diz respeito às atividades de fiscalização do cumprimento das normas tributárias e inscrição em dívida ativa – atribuições que não guardam relação com a alienação de ativos. Assim, há dúvidas sobre se um dispositivo infraconstitucional poderia criar, em verdade, uma exceção inédita à vedação constitucional.

Há, ainda, a discussão de que a securitização configuraria operação de ARO, devendo observar o regramento do Artigo 38 da LRF. Esse entendimento aniquila qualquer prestabilidade nas operações de securitização de créditos públicos. Conforme visto, a securitização é um mecanismo de captação de recursos de terceiros para prazos maiores, ao passo que a ARO se destina a operações de curto prazo, para cobrir insuficiência temporária de caixa, pois devem ser liquidadas no mesmo exercício financeiro, conforme Art. 38, II, da LRF.

Outrossim, não é possível celebrar duas operações de ARO simultâneas, conforme proibição do Art. 38, IV, “a”, da LRF – situação distinta da praxe mercadológica na securitização privada. Assim, não faria sentido arcar com todos os custos da estrutura da operação para ceder recebíveis que serão pagos em poucos meses, sendo que tais operações de crédito já são ofertadas por instituições financeiras com custos mais atrativos.

Por fim, outra controvérsia suscitada diz respeito à vedação contida no Artigo 44 da LRF, que veda “(...) a aplicação da receita de capital derivada da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público para o financiamento de despesa corrente, salvo se destinada por lei aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos” (Brasil, 2000).

A LC nº 208 tentou contornar a vedação estabelecendo que a receita de capital oriunda das operações do Artigo 39-A da Lei nº 4.320/64 deve observar a vedação do Artigo 44 da LRF, “devendo-se destinar pelo menos 50% (cinquenta por cento) desse montante a despesas associadas a regime de previdência social, e o restante, a despesas com investimentos” (Brasil, 2024).

Neste ponto, caberia a discussão sobre a solução proposta pelo legislador ser adequada. A redação do Artigo 39-A, § 6º, da Lei nº 4.320/64 suscita a seguinte dúvida: a cessão de recebíveis de natureza

tributária ou de receitas originárias geraria o recebimento do recurso dos investidores por meio da alienação de créditos de receitas correntes, mas tais recursos devem ser aplicados em despesas de capital? Com isso, haveria modificação da natureza jurídica das receitas públicas derivadas? Feriria princípios de Direito Financeiro utilizar receitas correntes para despesas de capital?

A solução criada pelo legislador é revestida de contradição, pois o Artigo 11, §§ 2º e 4º, da Lei nº 4.320/64 estabelece como receitas de capital aquelas oriundas de operações de crédito e alienação de bens, sendo estes bens aqueles que compõem o ativo permanente do ente público, “(...) constituindo-se em meios para atingir a finalidade fundamental do órgão ou entidade, ou mesmo, atividades não operacionais visando estímulo às atividades operacionais do ente”, de acordo o Manual de Procedimentos das receitas públicas elaborado pela Secretaria do Tesouro Nacional (Brasil, 2008).

Por fim, uma das mais relevantes discussões diz respeito ao questionamento sobre a securitização não representar uma mera alienação de ativos, e sobre o potencial de endividamento, ou de perda de renda, provocado com a operação, como destaca Melo:

O estudo da securitização de créditos públicos sob a perspectiva do Direito Público ainda está em seu início, apesar de já existirem alguns trabalhos dedicados ao tema. Nessa perspectiva, por exemplo, discutem-se as operações de securitização de créditos públicos sob a ótica da intergeracionalidade, avaliando seus impactos no orçamento público e nas próximas gerações. De acordo com a forma como são encaradas, tais operações podem ser consideradas impactantes nos exercícios subsequentes, o que apresenta consequências relevantes no tocante ao Direito Financeiro (Melo, 2023, p. 24-25).

No mesmo sentido, Pinto traz a afirmação a seguir:

O maior risco é que haja o comprometimento intergeracional do orçamento público, até porque os gestores racionalmente tendem a buscar apenas o bônus da receita antecipada no presente, enquanto legam a perda da arrecadação e os encargos de derivativos de securitização para os futuros mandatários (Pinto, 2024, s.p.).

Assim, entender os aspectos de formação dos preços da operação no binômio entre o custo de captação e o retorno econômico é fundamental para a definição da securitização como operação de crédito ou não.

3.3. A formação de preços

3.3.1. Natureza dos créditos a serem cedidos

Da leitura conjugada do *caput* do Artigo 39-A da Lei nº 4.320/64 com o inciso V do parágrafo 1º e o parágrafo 10 do mesmo dispositivo, depreende-se que há a possibilidade de cessão de créditos inscritos ou ainda não inscritos em dívida ativa. Entretanto, essa última possibilidade representa insegurança jurídica aos investidores.

No intuito de conferir alguma segurança jurídica – e, consequentemente, diminuir o risco dos créditos, logo, diminuir o deságio a incidir sobre o preço de compra do lastro –, o legislador estabeleceu que tais créditos deverão estar constituídos mediante parcelamento, o que configura um ato volitivo de reconhecimento do crédito por parte do devedor.

Apesar da boa intenção do legislador, a medida não parece ser a mais adequada tecnicamente. O parcelamento do crédito tributário suspende a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do Artigo 151, VI, do CTN, mas não possui o condão de constituir definitivamente o crédito tributário. O verbete da Súmula nº 653 do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) estabelece que o pedido de parcelamento apenas interrompe o prazo prescricional para a cobrança do tributo (Brasil, 2021).

É importante destacar que a confissão extrajudicial pelo contribuinte não caracteriza a constituição do crédito tributário – no máximo, pode-se falar da constituição definitiva do crédito tributário mediante apresentação de declaração sem pagamento do tributo, nos casos abarcados pelo verbete da Súmula nº 436 do STJ (Brasil, 2020), o que não se confunde com a inscrição em dívida ativa.

A constituição definitiva do crédito público, tributário e não tributário, ocorre por meio de inscrição em dívida ativa, a qual é definida pelo Artigo 1º, § 3º, da Lei nº 6.830/80 como o ato de controle adminis-

trativo da legalidade em que se apuram a liquidez e a certeza do crédito. Reveste-se de definitividade, inclusive, porque a inscrição é feita após o prazo legal para pagamento ou quando encerrada a discussão administrativa do débito. Bucci e Pinho pormenorizam esse ponto:

A inscrição na dívida ativa pressupõe o controle de legalidade, nos termos do Art. 2º, § 3º, da Lei de Execuções Fiscais. O controle de legalidade é uma expressão do poder-dever de autotutela conferido à Administração Pública, que possibilita a anulação dos atos ilegais (...). Após o controle de legalidade, o crédito está hígido para ser cobrado, judicial e administrativamente. E, conforme foi dito linhas acima, quanto mais acurado é o controle, maiores as chances de que o contraditório e a ampla defesa no âmbito judicial não infirmem os elementos do crédito cobrado (Bucci; Pinho, 2024, p. 239-240).

Ademais, é importante destacar que a cobrança dos créditos inscritos em dívida ativa detém maiores instrumentos jurídicos do que aqueles não inscritos: a inscrição em dívida ativa atrai a presunção absoluta de fraude à execução prevista no Artigo 185 do CTN, conforme o entendimento firmado no Tema nº 290, julgado pela sistemática de processos repetitivos do STJ, de forma que basta a ausência de reserva de recursos para quitar o débito para tornar ineficaz a alienação de bens promovida pelo devedor; e o rol de hipóteses legais que autorizam o ajuizamento de medida cautelar fiscal é maior, conforme o Artigo 2º da Lei nº 8.397/92.

Noutro giro, o legislador acertadamente estabeleceu que a cessão dos recebíveis preservará a natureza do crédito, mantendo as garantias e os privilégios dos créditos públicos. Conforme acima reportado, os créditos tributários inscritos em dívida ativa gozam de diversas prerrogativas em relação aos créditos decorrentes de negócios jurídicos privados.

Por exemplo, a impossibilidade de emissão de certidão negativa de débitos em face do ente público constitui-se um estímulo ao adimplemento do crédito público securitizado, o que representa uma vantagem em relação à securitização de recebíveis privados e é um fator de diminuição do risco e de barateamento da captação de recursos de investidores.

Também parece acertada a opção legislativa que a LC nº. 208 traz no Artigo 39-A, § 1º, II, da Lei nº 4.320/64, ao definir a manutenção dos “critérios de atualização ou correção de valores e os montantes representados pelo principal, os juros e as multas, assim como as condições de pagamento e as datas de vencimento, os prazos e os demais termos avençados originalmente” (Brasil, 2024). Isso porque tais atributos, em geral, encontram-se previamente definidos em lei. Dessa forma, garante-se a transparência em alto nível ao investidor, pois bastará a indicação da base legal para dimensionar a projeção financeira de tais créditos.

3.3.1.1. O problema do sigilo fiscal versus a transparência ao investidor

A Administração Pública, sobretudo a Administração Tributária, possui diversas ferramentas para obter informações dos particulares em razão da relação jurídica vertical – o que inclui deveres informacionais por parte dos administrados e contribuintes, bem como há o uso de prerrogativas legais por parte da Administração Tributária na fiscalização do adimplemento de tributos.

Nesse sentido, o Artigo 198 do CTN veda à Administração Tributária a divulgação de informações relativas à situação econômica ou financeira dos contribuintes ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. Trata-se de norma recepcionada pelo texto da Constituição Federal e expressão do direito fundamental à intimidade.

Por outro lado, o mercado de capitais envolve a captação de poupança popular e deve protegê-la. Dessa forma, pauta-se pelo princípio da transparência no sentido de que deve ser assegurado ao investidor o acesso à informação, de forma eficaz e tempestiva, para que a decisão de adquirir ou alienar valores mobiliários seja a mais consciente possível. Nesse sentido, Wellisch pontua o seguinte:

A opção que se fez, portanto, no Brasil e ao redor do mundo, foi pelo sistema de disclosure mandatório, sob o fundamento de que a proteção do investidor se dá justamente pela informação. As

forças espontâneas de mercado e a soma dos interesses privados seriam insuficientes para assegurar a existência de um sistema de informações eficiente, impondo-se a instituição da obrigatoriedade de fornecimento das informações consideradas necessárias (Wellisch, 2022, p. 44).

Especificamente em relação à operação de securitização, a análise da qualidade e dos atributos dos direitos creditórios cedidos, juntamente com a perspectiva do risco de crédito de tais créditos, é um fator econômico decisivo no estudo da viabilidade econômica da operação, conforme preveem Mantovani e Santos:

A análise da carteira constituirá o cerne de uma análise de risco de uma operação de securitização, uma vez que é apenas a partir do conhecimento dos aspectos relativos ao conjunto de recebíveis cedido ao Veículo de Propósito Específico que os analistas poderão realizar simulações e estimar possíveis distorções nas entradas programadas no fluxo de caixa de uma operação de securitização (Mantovani; Santos, 2007, p. 110).

Como bem destaca Melo, “(...) sob o aspecto econômico-financeiro da securitização, a situação dos devedores é de grande relevância, ainda que não façam parte, em regra, da estruturação da operação” (Melo, 2023, p. 42). Assim, ter acesso à situação fiscal dos devedores é essencial na formação do preço.

No entanto, a disciplina formulada pelos reguladores, pensada para a iniciativa privada, não parece ser igualmente aplicável à securitização de créditos públicos. Imagine-se, por exemplo, que os créditos tributários lançados contra uma companhia aberta listada em Bolsa sejam objeto de securitização, revelando-se ao público que a referida pessoa jurídica não está adimplente com suas obrigações tributárias, dando-se publicidade a todo o passivo fiscal da companhia ao mercado. Poderia esse fator influir no valor de mercado da companhia, por um ato estatal alheio ao seu controle?

Por outro lado, como os investidores podem certificar que os recebíveis securitizados de um município de pequeno porte, sem estrutura de Procuradoria Jurídica própria, são efetivamente existentes? Qual o grau de risco a ser atribuído aos direitos creditórios decorrentes da co-

brança de tributo municipal de um ente que não possui Auditores Fiscais, e que foram cedidos sem estarem inscritos em dívida ativa?

Dessa forma, cumpre refletir sobre um regramento específico que concilie os interesses dos contribuintes em garantir a preservação do sigilo de seus negócios, e dos investidores que possuam condições de avaliar o risco da operação, com acesso à informação adequada. Uma solução possível poderia ser a realização da operação mediante a transferência de sigilo entre Autoridades Tributárias, conforme autorizam os Artigos 198, §§ 2º e 3º, II, e 199, *caput*, do CTN, para que a União possa certificar a existência dos lastros.

Essa medida não seria de todo inédito, considerando-se que os entes subnacionais prestam informações ao Ministério da Fazenda em relação às operações de crédito, conforme Artigos 32 e 48, § 3º, da LRF, bem como a União é responsável pelas inscrições em dívida ativa e cobrança judicial de créditos do Simples Nacional, conforme Artigo 41, § 2º, da Lei Complementar nº 123/06. Nesse âmbito, faz sentido pensar na centralização da certificação dos créditos para os entes maiores, com o compartilhamento de sigilo, inclusive no que tange aos tributos de gestão compartilhada, como no caso do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS).

Surge, então, a necessidade de se pensar em uma disciplina regulatória adequada às peculiaridades da cessão de créditos públicos, considerando-se que a transparência é essencial na formação dos preços. Ainda assim, não há como mensurar publicamente o risco de crédito de cada devedor, configurando-se obstáculo intransponível à transparência ideal à precificação, enquanto não for criada uma solução adequada.

3.3.1.2. Os atores envolvidos: veículo de propósito específico e agente de cobrança

Da leitura conjugada do *caput* e do parágrafo 7º do Artigo 39-A da Lei nº 4.320/64 depreende-se que há três mecanismos para constituir um VPE à disposição do ente público, mediante a alienação dos ativos: diretamente à pessoa jurídica de direito privado, com necessidade de processo licitatório; a partir da utilização de um FIDC; ou da criação de uma SPE, dispensada a licitação nessa hipótese.

Conti, Lima e Carvalho comentam a previsão da seguinte forma:

Por envolver alienação de ativo público, aplica-se a regra geral de licitação para venda de bens (Lei nº 14.133/2021, Artigo 2º, I), o que importa, em regra, na contratação de instituição que funcione como agente financeiro para estruturação de um Fundo de Investimento em Direitos Creditório (FIDC) e recepcione os créditos que serão objeto da transação por meio de processo competitivo. Outra possibilidade que se coloca é a criação de uma entidade ligada a Administração Pública (como uma empresa estatal, por exemplo), para estruturar a operação, na modalidade de Sociedade de Propósito Específico – estando, nesse caso, dispensada a realização de licitação. Na ausência de SPE, a licitação permanece obrigatória (Conti; Lima; Carvalho, 2025, s. p.).

A LC nº 208 estabeleceu, ainda, restrições relativas à participação de instituições financeiras que sejam controladas pelo próprio ente emissor, alcançando, notadamente, os entes subnacionais de maior porte, como a União e os Estados que ainda possuem bancos estatais. As restrições contidas no parágrafo 8º do Artigo 39-A da Lei nº 4.320/64 compatibilizam a operação de securitização no âmbito público com as vedações dos Artigos 35 a 37 da LRF.

Em relação aos VPEs, não há grandes controvérsias, considerando-se que o legislador previu os mesmos veículos utilizados na securitização de recebíveis praticada no mercado, ressalvada a necessidade de licitação quando o VPE não for criada dentro da estrutura da pessoa jurídica de direito público.

Cumpre ressaltar que existem questões de Direito Financeiro no tocante aos VPEs existentes para a securitização de créditos públicos: há decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) concedendo medidas cautelares para que a CVM suspenda o registro de fundos públicos do Município de Nova Iguaçu (processo nº 043.416/2012-8) e do Distrito Federal (processo nº 016.585/2009-0), por entender se tratar de operação de crédito; e, em relação à SPE, deve-se ter cautela na sua constituição, conforme destaca Melo, ao comentar sobre a constituição da CPSEC:

A CPSEC é controlada pelo Estado de São Paulo e integra a Administração Pública indireta do Estado, vinculada à Secretaria da Fazenda. A Lei Autorizativa e o Estatuto Social da CPSEC preveem que a sociedade não poderá receber do Estado recursos financeiros para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral, a fim de não se caracterizar como empresa estatal dependente do Tesouro, conforme definida na Lei de Responsabilidade Fiscal. De acordo com o parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, ao não se enquadrar nesse conceito, o veículo de securitização em si não se submeteria à Lei de Responsabilidade Fiscal, cujo Artigo 1º, §3º, restringe sua aplicabilidade apenas às empresas estatais dependentes (Melo, 2023, p. 102-103).

Por outro lado, a figura do agente de cobrança suscita controvérsias jurídicas. O Artigo 39-A, § 1º, III, da Lei nº 4.320/64 estabelece que caberá à Fazenda Pública “(...) a prerrogativa de cobrança judicial e extrajudicial dos créditos de que se tenham originado os direitos cedidos” (Brasil, 2024).

O debate que surge a partir desse dispositivo é de que houve a cessão em caráter definitivo dos créditos públicos, porém, caberia à própria máquina pública cobrar a satisfação dos créditos em prol do interesse dos investidores e sem receber qualquer contrapartida por esse trabalho. Como destacam Bucci e Pinho:

Ora, se o crédito perseguido já foi cedido e não mais ingressará nos cofres públicos, qual o sentido das procuradorias gastarem tempo e energia na sua recuperação, uma vez que toda a arrecadação será transmitida para o particular, e não vertida aos cofres públicos? (Bucci; Pinho, 2024, p. 245).

Além das questões relativas à vantajosidade que resguarde o interesse público primário, a disposição esbarra em nuances processuais, considerando-se que o ente público estaria a pleitear em juízo direito alheio, em uma inédita hipótese de legitimidade extraordinária. Nesse sentido, conforme ressalta Fabel:

Observa-se, como já esclarecido, que a cessão é operacionalizada em caráter definitivo, mas a execução judicial ou extrajudicial competiria à Fazenda Pública. Indaga-se: o cessionário, adquirente de parcela do patrimônio público, na forma da lei,

não titularizaria direito de ação, pois dependeria dos agentes estatais para obter em juízo a conversão do crédito em pecúnia, ao final, quando fosse o caso? Diferentemente do que possibilitado pelo CPC, não seria o cessionário parte legítima para promover execução? Imaginem-se alguns simples exemplos: o devedor de crédito cedido onerosamente falece ou a pessoa jurídica devedora incorre em falência. Os agentes estatais deverão promover as medidas cabíveis, processualmente? E o cessionário, aguardar? (Fahel, 2025, s. p.).

Ademais, é necessário discutir se tal regramento não constitui um empecilho à cessão dos créditos públicos para os municípios de menor porte, que não possuem Procuradoria Jurídica própria, e que são os maiores interessados na securitização de créditos públicos. Referidas municipalidades costumam contratar escritórios de advocacia externos para sua representação judicial e extrajudicial. Logo, faria sentido exigir que os municípios, já fragilizados financeiramente, sejam onerados com a contratação de um agente de cobranças em benefício dos investidores?

Por outro lado, em se tratando de entes subnacionais de maior porte, a manutenção da cobrança junto à Fazenda Pública pode representar um fator de barateamento da estrutura e diminuição do risco de crédito. Isso porque estruturas de grande porte altamente especializadas, como a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, possuem tecnologia informacional avançada, que não se encontra à disposição dos escritórios privados, em decorrência do sigilo fiscal, o que amplia as chances de recuperação dos créditos, diminuição do risco, e, em última medida, diminuição do ágio. Porém, há a inevitável contradição do ente público trabalhar em prol do interesse exclusivo do investidor privado.

Assim, imputar o custo da estrutura do agente de cobrança às Fazendas Públicas exige um aprofundamento do debate, sobretudo porque não é possível impor uma disciplina única a todas as Fazendas Públicas, pois os entes subnacionais são uma categoria heterogênea.

3.3.2. O cálculo do ágio

A LC nº 208 criou a previsão contida no inciso IV do parágrafo 1º do Artigo 39-A da Lei nº 4.320/64 no sentido de que a securitização

de créditos públicos caracteriza-se como uma alienação definitiva, em que o ente público está isento de “(...) responsabilidade, compromisso ou dívida de que decorra obrigação de pagamento perante o cessionário” (Brasil, 2024).

Dessa forma, os investidores obterão retorno financeiro exclusivamente mediante o adimplemento dos créditos pelos devedores ou contribuintes originários. Não há que se falar, portanto, em co-obrigação ou eventual direito de regresso contra o ente emissor, caso os devedores originários não honrem o pagamento do crédito público cedido.

A decisão do legislador parece acertada, afinal, a co-obrigação traria significativa perda de vantajosidade econômica, pois, o que seria um crédito a receber não honrado, converter-se-ia em despesa pública. Ademais, haveria repercussões de Direito Financeiro, pois, ao não haver co-obrigação, “(...) busca-se impedir que o Estado assuma qualquer espécie de compromisso financeiro que possa se caracterizar como uma operação de crédito” (Melo, 2023, p. 112).

Entretanto, essa opção legislativa traz desafios. Caso os entes públicos fossem garantidores, o risco de crédito dos terceiros devedores estaria reforçado pelo risco de crédito do próprio ente emissor. Ademais, eventual inadimplência seria facilmente resolvida por meio de demanda judicial que culminasse na expedição de precatório.

A consequência lógica da previsão legal é a negociação dos títulos securitizados com maior ágio. De outro lado, apesar da alienação de ativos não acarretar na assunção de um compromisso financeiro diretamente, é importante ressaltar a experiência pretérita do Estado de São Paulo na securitização de recebíveis decorrentes de programa de parcelamento de ICMS.

Conforme destaca Melo (2023), as operações de securitização do Estado de São Paulo, efetivadas por intermédio da CPSEC, foram estruturadas em três emissões de debêntures, com captação de 2,14 bilhões. Em apertada síntese,

No caso da terceira emissão, os recursos captados não foram destinados à aquisição de novos direitos creditórios, mas sim ao pagamento de remuneração e amortização extraordinária das debêntures da segunda série da segunda emissão, detidas pelo

Estado. Ao fim da primeira e da segunda estruturação da securitização, a prioridade de pagamento das debêntures da CPSEC, de maneira global, ficou estabelecida na seguinte ordem: a) pagamento aos debenturistas da primeira emissão; b) pagamento aos debenturistas da terceira emissão; c) pagamento aos debenturistas da primeira série da segunda emissão; e d) por fim, o pagamento ao Estado de São Paulo enquanto detentor das debêntures da segunda série da segunda emissão e das debêntures subordinadas. Dessa forma, o excedente dos recursos recebidos do PPI e do PEP é destinado ao Estado de São Paulo - a título de pagamento da remuneração e de amortização de principal das debêntures da segunda série da segunda emissão e das debêntures subordinadas - apenas se as obrigações da CPSEC perante os debenturistas da primeira série da segunda emissão, bem como os debenturistas da primeira e da terceira emissão (antes das respectivas liquidações), estiverem adimplidas (Melo, 2023, p. 120-121).

Dessa forma, resta evidente que o Estado de São Paulo teve que realizar mais alienações de recebíveis, no caso da terceira emissão, para custear a estrutura de emissões anteriores, securitizando mais créditos tributários parcelados com ágio. Este ponto se complementa ao problema da intergeracionalidade, abordado no item 3.2 do presente artigo.

Outro tema relevante cinge-se a saber sobre quais os critérios são estabelecidos para a fixação do ágio. A LC nº 208 não previu critérios – a exemplo do Artigo 11, § 2º, da Lei nº 13.988/2020, que estabeleceu que o desconto no instituto da transação tributária não alcançará o montante do principal e não ultrapassará o percentual máximo de 65% de desconto –, de forma que caberá aos entes definirem qual será o limite dos descontos na lei específica que autorizar a operação.

A Confederação Nacional dos Municípios emitiu a Nota Técnica nº 08/2024, acerca da LC nº 208, e recomendou que “(...) caso o deságio ofertado para a securitização supere a média que está sendo estabelecida no mercado pelos demais Entes federativos, o Município interessado deverá realizar uma consulta ao Tribunal de Contas do Estado (TCE)”, em uma postura preventiva perante o órgão de controle.

De qualquer forma, o fato de a operação de securitização estar no preço médio praticado no mercado não significa que seja necessa-

riamente vantajosa para o ente público. Os entes subnacionais possuem realidades distintas entre si – União, 26 Estados, Distrito Federal e mais de 5.000 Municípios –, de forma que a vantajosidade da operação deve considerar as especificidades da realidade local, além do preço médio praticado.

4. CONCLUSÃO

A securitização de direitos creditórios representa um mecanismo importante no cenário brasileiro e consiste em uma alternativa aos empréstimos tradicionais para obtenção de recursos de terceiros. A operação consiste na alienação de ativos a um VPE, em caráter definitivo, para que esta figura jurídica emita valores mobiliários para captação de recursos de investidores.

Como vantagens, a securitização possibilita não haver a contratação de dívida, de forma direta, e, na praxe mercadológica, pode vir a oferecer um custo de captação mais barato e menos risco do que um financiamento a longo prazo. Para tanto, a modelagem financeira da operação deve ser acurada, inclusive no que tange à natureza e situação jurídica dos créditos cedidos – se performados ou não, e se haverá estrutura revolvante – e escolha do VPE adequado.

A discussão parlamentar acerca da securitização de créditos públicos prevista na LC nº 208 foi proposta considerando-se que o ente deverá compor uma carteira que envolva recebíveis com altas chances de recuperação diluídos em outros créditos, para que o risco seja atrativo. Por outro lado, a LC nº 208 tentou contornar possíveis restrições existentes no ordenamento jurídico no tocante a aspectos de Direito Financeiro, afastando a caracterização de operação de crédito e o princípio da não vinculação. Entretanto, surgem controvérsias acerca das soluções trazidas pelo legislador, que requerem um aprofundamento do debate.

Noutro giro, a opção legislativa para o regramento da securitização de créditos públicos traz outros aspectos controvertidos, dentre eles, a possibilidade de securitização de créditos não inscritos, a conciliação da proteção do sigilo fiscal frente à transparência informacional aos investidores, a manutenção da Fazenda Pública como agente de co-

branças e a eleição do VPE a ser utilizado. A opção legislativa também apresenta acertos no tocante à preservação da natureza e prerrogativas do crédito originário.

O melhor interesse para o sucesso da operação e, em última medida, para a proteção do investidor, é de que sejam securitizados apenas os créditos inscritos em dívida ativa, sujeitos à autotutela da Administração Pública e que apresentem menor risco de invalidação.

Acerca do sigilo fiscal, o dever de transparência da regulamentação aplicável à securitização privada parece não ser conciliável com os créditos de natureza pública. Assim, é necessário pensar em soluções inovadoras, como na possibilidade de centralização da certificação dos créditos com a transferência de sigilo para a Administração Tributária federal.

Com relação à figura do agente de cobranças, existem pontos positivos e negativos, em conciliação com a previsão de cessão definitiva dos créditos sem co-obrigação do ente originador, pois o direito passa a ser titularizado por terceiro adquirente. De outro lado, é necessário considerar a realidade heterogênea das Advocacias Públicas dos entes subnacionais.

Sobre o VPE a ser eleito pelo ente público, o panorama atual é de incerteza jurídica. Caberá ao ente público o dever de observar o cenário jurídico quando da opção por um VPE, sem prejuízo da análise sobre qual VPE representa uma estrutura mais enxuta e menos onerosa ao ente – aspecto este que influenciará na vantajosidade da operação.

Por fim, o preço das operações não encontra diretrizes mínimas na lei, sobretudo no tocante ao ágio aplicado no preço de venda dos ativos. Esse tema encontra desafios e certamente será aprofundado mediante a experiência concreta, que indicará a vantajosidade ou não desse tipo de operação e se representa uma forma eficaz de ingresso de recursos aos cofres públicos.

Dessa forma, o que se verifica é que será necessário um debate aprofundado na doutrina, bem como um pronunciamento dos órgãos de controle e a análise sobre as adaptações necessárias da disciplina existente da securitização privada aplicável aos créditos públicos, mas sem

olvidar da pluralidade dos entes públicos, entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A formação dos preços da securitização dos créditos públicos é influenciada pelas disposições da LC n° 208, conforme apreciado neste artigo, e dependerá da composição das carteiras dos ativos e da engenharia financeira eleita, nos pontos em que o legislador deixou a margem de discricionariedade ao Poder Executivo.

REFERÊNCIAS

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em números 2024. Brasília: CNJ, 2024.

BRASIL. Código Tributário Nacional. 2. ed. Brasília: Senado Federal, subsecretaria de Edições técnicas, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12 set. 2025.

BRASIL. Lei Complementar n° 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm . Acesso em: 20 set. 2025.

BRASIL. Lei Complementar n° 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis n° 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n° 5.452, de 1° de maio de 1943, da Lei n° 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar n° 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis n° 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 12 set. 2025.

BRASIL. Lei Complementar n° 208, de 2 de julho de 2024. Altera a Lei n° 4.320, de 17 de março de 1964, para dispor sobre a cessão de direitos creditórios originados de créditos tributários e não tributários dos entes

da Federação, e a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), para prever o protesto extrajudicial como causa de interrupção da prescrição e para autorizar a administração tributária a requisitar informações a entidades e órgãos públicos ou privados. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp208.htm. Acesso em 14 out. 2025.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em 10 set. 2025.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em 10 set. 2025.

BRASIL. Lei nº 6.830 de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em 10 set. 2025.

BRASIL. Lei nº 8.397 de 06 de janeiro de 1992. Institui medida cautelar fiscal e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8397.htm. Acesso em 10 set. 2025.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 set. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nºs 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13988.htm. Acesso em: 12 set. 2025.

BRASIL. Lei nº 14.430 de 3 de agosto de 2022. Dispõe sobre a emissão de Letra de Risco de Seguro (LRS) por Sociedade Seguradora de Propó-

sito Específico (SSPE), sobre as regras gerais aplicáveis à securitização de direitos creditórios e à emissão de Certificados de Recebíveis e sobre a flexibilização do requisito de instituição financeira para a prestação do serviço de escrituração e de custódia de valores mobiliários; altera as Leis nºs 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 6.385, de 7 de dezembro de 1976, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 4.594, de 29 de dezembro de 1964, e o Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e revoga dispositivos das Leis nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 11.076, de 30 de dezembro de 2004, 12.810, de 15 de maio de 2013, 13.331, de 1º de setembro de 2016, e 13.986, de 7 de abril de 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14430.htm. Acesso em 10 set. 2025.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. Manual de Receita Nacional: Aplicado à União, Estados, Distrito Federal e Município. 1. ed. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, Coordenação-Geral de Contabilidade, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Súmula nº 436. Brasília, 2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/sumstj/article/viewFile/5186/5311>. Acesso em 10 set. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Súmula nº 653. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/sumstj/author/proofGalleyFile/12731/12824>. Acesso em 10 set. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tema nº 290. Brasília, 2010. https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?-novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=290&cod_tema_final=290. Acesso em: 20 set. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.355.208. Encerramento de processos judiciais para a cobrança de débitos de baixo valor. Relator: Carmen Lúcia. 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/>

RE1355208Tema1184extinodeexecuofiscaldebaiixovaloreprotesto-dadvidaativarev.LC_AO_FSP.pdf. Acesso em: 20 set. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 016.585/2009-0. Relator: Raimundo Cerreiro. Brasília, 2016. Disponível em: <https://auditoriacidada.org.br/wp-content/uploads/2018/11/TC-016.585-2009-0-Min.Carrero-2016.pdf>. Acesso em: 12 set. 2025

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 043.416/2012-8. Relator: Bruno Dantas. Brasília, 2012. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/processo/*/NUMEROSAMENTE-NUMEROS%253A4341620128/DTAUTUACAOORDENACAO%-2520desc%252C%2520NUMEROCOMZEROS%2520desc/0. Acesso em: 12 set. 2025.

BUCCI, Eduardo Sadalla; PINHO, Mariana Corrêa de Andrade. Crédito público inscrito e os desafios contemporâneos: controle de legalidade, cessão de recebíveis e a advocacia pública. *In*: Anais do I Congresso Nacional da Dívida Ativa: consensualidade, cooperação e sustentabilidade fiscal. Brasília: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, 2024. Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/i_congresso_nacional-da_divida-ativa_m.pdf. Acesso em 15 out. 2025.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Câmara aprova regras para securitização da dívida ativa da União, de estados e municípios. Agência Câmara de Notícias, 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1068715-CAMARA-APROVA-REGRAS-PARA-SECURITIZACAO-DA-DIVIDA-ATIVA-DA-UNIAO,-DE-ESTADOS-E-MUNICIPIOS>. Acesso em 20 set. 2025.

CAMINHA, Uinie. Securitização. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Boletim Econômico 15. Referente ao 4º Trimestre de 2024. Ano 12. v. 104. 2025. Disponível em https://www.gov.br/cvm/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-economico/cvm_boletim_economico_104.pdf/view. Acesso em 14 out. 2025.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Direito do mercado de valores mobiliários. 2. ed. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários, 2022.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Mercado de valores mobiliários brasileiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários, 2024. Disponível em: https://www.gov.br/investidor/pt-br/educacional/publicacoes-educacionais/livros-cvm/cvm-livro_top_valores_mobiliarios_br_5ed.pdf. Acesso em 14 out. 2025.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Resolução CVM 60. Dispõe sobre as companhias securitizadoras de direitos creditórios registradas na CVM e revoga as Instruções CVM nº. 414, de 30 de dezembro de 2004, 443, de 8 de dezembro de 2006, 600, de 1º de agosto de 2018, e 603, de 31 de outubro de 2018. Brasília, 2021. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol060.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20companhias%20securitizadoras,31%20de%20outubro%20de%202018.&text=ALTE-RADA%20pelas%20Resolu%C3%A7%C3%B5es%20162/22,%23%20e%20226/25>. Acesso em 14 set. 2025.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Resolução CVM 175. Dispõe sobre a constituição, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento, bem como sobre a prestação de serviços para os fundos, e revoga as normas que especifica. Brasília, 2022. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol175.html>. Acesso em 15 out. 2025.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS (CNM). Nota Técnica nº 08. 2024. Disponível em: <https://cnm.org.br/comunicacao/noticias/cnm-divulga-nota-tecnica-com-orientacoes-sobre-securitiza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 12 set. 2025.

CONTI, José Maurício; LIMA, Guilherme Corona Rodrigues; CARVALHO, André Castro. Securitização da dívida pública: um potencial inexplorado da LC 208. Jota, 2025. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/securitizacao-da-divida-publica-um-potencial-inexplorado-da-lc-208>. Acesso em: 13 set. 2025.

FAHEL, Márcio José Cordeiro. Reflexões processuais sobre a cessão de direitos creditórios originados de créditos tributários e não tributários. Conjur – Revista Consultor Jurídico, 2025. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2025-jan-13/reflexoes-processuais-sobre-a-ces>

sao-de-direitos-creditorios-originados-de-creditos-tributarios-e-nao-tributarios/. Acesso em: 18 set. 2025.

FREITAS, José Alexandre. O administrados de fundos de investimento em Direitos Creditórios. *In*: LIMA NETO, Lucas de (Org.). *Securitização de ativos - a era da desintermediação financeira*. Porto Alegre: Zouk, 2007. p. 58-68.

GAZONI, Pedro Luiz; MOLLEIN, Juan de. *Ratings* de operações estruturadas no Brasil. *In*: LIMA NETO, Lucas de (Org.). *Securitização de ativos - a era da desintermediação financeira*. Porto Alegre: Zouk, 2007, p. 69-92.

LEITE, Cristiano da Cruz. O Papel do Advogado na Estruturação de Fundos de Recebíveis” in *Securitização de Ativos - A Era da Desintermediação Financeira*. *In*: LIMA NETO, Lucas de (Org.). *Securitização de ativos - a era da desintermediação financeira*. Porto Alegre: Zouk, 2007, p. 41-57.

LIMA NETO, Lucas de (Org.). *Securitização de ativos - a era da desintermediação financeira*. Porto Alegre: Zouk, 2007.

MANTOVANI, Pablo; SANTOS, Décio B. Overview da Securitização. *In*: LIMA NETO, Lucas de (Org.). *Securitização de ativos - a era da desintermediação financeira*. Porto Alegre: Zouk, 2007, p. 93-119.

MELO, Victória Baruselli Cabral de. *Securitização de Créditos Públicos: Aspectos de mercado de capitais*. São Paulo: Fórum, 2023.

PINTO, Élide Graziani. Riscos na securitização de direitos creditórios prevista pela LC 208/2024. *Conjur – Revista Consultor Jurídico*, 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jul-09/riscos-na-securitizacao-de-direitos-creditorios-prevista-pela-lc-208-2024/>. Acesso em 19 ago. 2025.

RIBEIRO Jr., José Alves. Elementos constitutivos da securitização de recebíveis no direito brasileiro. 2019. 165f. Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2029.

ROQUE, Pamela Gabrielle Romeu Gomes. Securitização de créditos vencidos e pendentes de pagamento e risco judicial. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014.

WELLISCH, Julya Sotto Mayor. Regulação do Mercado de Capitais Brasileiro. *In*: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Direito do mercado de valores mobiliários. 2. ed. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários, 2022, p.122 -145.



A CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA FISCAL À LUZ DA LEI Nº 14.230/21

THE NORMATIVE-TYPICAL CONTINUITY OF FISCAL ADMINISTRATIVE IMPROBITY ACTS IN LIGHT OF LAW Nº 14.230/21

Túlio Henriques Fonseca Araújo¹

Thalles Henrique Rocha Claves²

RESUMO: O presente artigo analisa a continuidade normativo-típica de atos de improbidade administrativa previstos na legislação esparsa, notadamente, fiscal, após a edição da Lei nº 14.230/2021. O objetivo é analisar como a reforma da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), que passou a exigir o dolo específico e a taxatividade do rol de condutas, impacta na responsabilização por atos de improbidade administrativa cuja tipicidade objetiva era e é prevista na legislação esparsa, tais como os atos de improbidade administrativa que contrariam a conformidade fiscal, previstos, especialmente, na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). A pesquisa demonstra que o princípio da continuidade normativo-típica, originário do Direito Penal, é aplicável, garantindo que condutas ímprobis fiscais permaneçam sancionáveis no espectro de responsabilização especializado, mesmo que readequadas a novos tipos ou a leis especiais. A doutrina e a jurisprudência do STJ e do STF

1 Procurador da Fazenda Nacional. Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Processo Civil e Civil Escola Superior da Advocacia da Paraíba (ESA-PB). Ex-Procurador do Estado de Minas Gerais.

2 Procurador da Fazenda Nacional. Especialista em Proteção de Dados: LLM em LGPD e GDPR, pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), em conjunto com a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP) e em Divisão de Poderes, Ministério Público e Judicialização, pelo CEAF/MPMG.

corroboram essa interpretação, preservando a efetividade do sistema de combate à improbidade administrativa fiscal.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa; Continuidade Normativo-Típica; Lei 14.230/2021.

ABSTRACT: The present article examines the normative-typical continuity of acts of administrative improbity established in scattered legislation, particularly in the fiscal sphere, following the enactment of Law N° 14,230/2021. The purpose is to analyze how the reform of the Administrative Improbity Law (LIA)—which introduced the requirements of specific intent (*dolo específico*) and a closed list of offenses (*taxatividade do rol de condutas*)—affects the accountability for acts of administrative improbity whose objective typicity was, and continues to be, provided for in special statutes, such as acts of administrative improbity that breach fiscal compliance, especially those set forth in the Fiscal Responsibility Law (LRF). The research demonstrates that the principle of normative-typical continuity, originally developed within Criminal Law, is applicable in this context, ensuring that fiscal misconduct remains subject to sanctions within the specialized framework of liability, even when reclassified under new legal types or special laws. The doctrine and jurisprudence of both the Superior Court of Justice (STJ) and the Federal Supreme Court (STF) support this interpretation, thereby preserving the effectiveness of the system for combating fiscal administrative improbity.

KEYWORDS: Administrative Improbity; Normative-Typical Continuity; Law 14.230/2021.

1. INTRODUÇÃO

A improbidade administrativa consolidou-se como um conceito de múltiplas facetas: ora qualifica condutas de agentes públicos e privados que atentam contra a integridade da coisa pública; ora se apresenta como um microssistema de responsabilização, com sanções específicas para coibir e punir atos lesivos à Administração Pública; ora se confunde com a própria ação judicial destinada a processar e julgar as condutas ímprobas.

Como qualificação de condutas atentatórias à Administração Pública, a improbidade administrativa consolida uma obrigação constitucional, prevista no Art. 37, §4º, que prevê que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Ou seja, tal comando constitucional já antevê elemento normativo secundário (sanção), delegando ao legislador a tipificação objetiva das condutas que sejam improbidade administrativa. Tal concepção, já de partida, denota a proximidade de arranjo estrutural e conceitual entre improbidade administrativa e a teoria do Direito Penal, cujos preceitos científicos são discutidos mais assertivamente desde o Sec. XVIII com Feuerbach.

Essa polissemia conceitual e similitude de conformação da improbidade administrativa com o Direito Penal alimentou intensos debates doutrinários e jurisprudenciais, cujas controvérsias se estendem desde a natureza jurídica do instituto até os efeitos das sanções e os standards probatórios exigidos para a condenação. Inclusive, com diversos casos de perseguições por ato de improbidade administrativa em conjunto com perseguição criminal, em razão das independências das instâncias, cujo sancionamento se mostrou mais pessoalmente grave ao agente ímprobo em decorrência da sanção por improbidade de que quando da imposição da pena criminal.

Assim, a Lei nº 8.429/92, durante seus quase trinta anos de vigência, representou um verdadeiro laboratório de experimentalismo constitucional no combate aos atos de improbidade administrativa, notadamente, relacionados às condutas de corrupção, dilapidação do patrimônio público e descumprimento de normas estruturantes da administração pública.

Por outro lado, desde a edição da Lei epigrafada, ocorreu forte divergência doutrinária e jurisprudencial, seja em alegações de excessos punitivos, desproporção sancionatória, conceituação e incorporação de preceitos jurídicos do Direito Penal ou conflitos com os próprios institutos jurídicos que contornam o sancionamento por ato de improbidade administrativa.

Tais discussões tiveram como resultado último a superveniência da Lei nº 14.230/2021, que inaugurou uma nova fase de conformação do instituto, promovendo alterações substanciais que foram, em parte, celebradas pela comunidade jurídica como correções de rumo necessárias, mas também criticadas por não só importar conceitos do Direito Penal, mas deixá-los mais restritos.

A doutrina também criticou os aspectos processuais trazidos na reforma, por fazer confusão entre as especificidades processuais entre Ação Penal e Ação Civil por ato de Improbidade Administrativa, muitas, consideradas como "heterodoxias procedimentais", como por exemplo a previsão do Art. 17-D da Lei nº 8.429/92 com a redação dada pela Lei nº 14.230/21:

A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Nesse contexto de profundas transformações, o presente artigo se debruça sobre um tema de especial relevância teórica e prática: a continuidade normativo-típica de atos de improbidade administrativa fiscal. A análise se justifica porque a Lei nº 14.230/2021, ao promover uma reforma expressiva no regime da improbidade administrativa, incorporou, modificou e inovou diversos institutos há muito debatidos e consolidados na Ciência Penal.

Por exemplo, a adoção de uma taxatividade do rol de condutas sancionáveis como ato de improbidade administrativa de forma expressa, rol taxativo para os atos que atentam contra os princípios da administração pública (Art. 11); ao exigir que o dolo, como elemento subjetivo do tipo ímprobo seja qualificado, o que se denomina de “dolo específico” para a configuração de todos os atos ímprobos e por misturar os elementos de tipicidade, objetiva e subjetiva, taxatividade e codificação, aqui, fruto de parte interpretativa, que apenas tipos previstos na Lei nº 8.429/92 com a reforma da Lei nº 14.230/21 permanecem como atos de improbidade administrativa.

Nesse sentido, têm-se discutido sobre a subsistência de tipos de improbidade previstos em legislação esparsa, como a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000). O objetivo central deste trabalho é, portanto, analisar os institutos principais que contornam a conceituação de Improbidade Administrativa, a remissão aos institutos da Ciência Penal, e as previsões legais de condutas qualificadas como atos de improbidade administrativa em leis esparsas, de modo a demonstrar que a coerência sistemática deixa indene de dúvidas que as condutas tipificadas como atos de improbidade administrativa na Lei de Responsabilidade Fiscal, especialmente aquelas relacionadas à renúncia de receita e à concessão de benefícios fiscais sem a observância das formalidades legais, permanecem híidas e passíveis de punição, mesmo após a reforma da Lei de Improbidade Administrativa, ou seja: que há uma continuidade normativo-típica.

A metodologia utilizada no presente trabalho foi pesquisa bibliográfica e documental, especialmente, nos estudos dos conceitos jurídicos relacionados à improbidade administrativa, bem como, na análise da legislação pertinente – Constituição Federal, Lei nº 8.429/92 (com as alterações da Lei nº 14.230/21) e Lei de Responsabilidade Fiscal – e jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema.

2. O CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O Constituinte previu a necessidade de sancionar os atos de improbidade administrativa (Art. 37, §4º), mas não conceituou quais seriam esses atos. De fato, essa providência se coaduna com a teoria constitucional, porquanto a Constituição é um documento político-jurídico que sustenta o Estado democrático, que passa a ser de direito e constitucional.

A conceituação de institutos jurídicos, por outro lado, é tarefa da doutrina. E sobre o tema, há muito existe controvérsia sobre o que seja improbidade administrativa, o que, inclusive, é a causa da infundável discussão de qual a natureza jurídica da ação para impor sanção aos atos de improbidade administrativa – se cível, administrativa ou penal.

É impregnado no consciente social uma associação entre moralidade e probidade administrativas. Logo, a improbidade seria uma conduta contrária à moralidade, isto é, uma conduta imoral. Maria Sylvia Zanella di Pietro bem explica a questão:

Não é fácil estabelecer distinção entre *moralidade administrativa* e *probidade administrativa*. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de **honestidade** na Administração Pública. Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública. (PIETRO, 2020, p. 182)

A aludida autora explica de forma consistente a evolução do tema. A legislação positiva prevê a improbidade administrativa como ato ilícito desde antes de 1988. Todavia, a constituinte consagrou a moralidade como princípio (37, *caput*) e a lesão à moralidade administrativa é um ato ilícito ímprobo (Art. 37, §4º).

O entrelaçamento dos institutos continua pelo texto constitucional, porquanto a lesão à probidade administrativa é sancionada como crime de responsabilidade do Presidente da República (Art. 85,V), o que traz a carga dos elementos próprios do direito penal. Nas palavras da autora:

Enquanto a lesão à probidade administrativa era definida no direito positivo, para os crimes de responsabilidade, com a característica da tipicidade, própria do Direito Penal, implicando definição precisa dos elementos constitutivos da infração, a moralidade administrativa aparece como princípio, ou seja, como proposição que se encontra na base do ordenamento jurídico, de conteúdo indefinido. Corresponde a um conceito jurídico indeterminado, tal como referido no item 7.8.3 deste livro. Trata-se de conceito de valor, sem conteúdo preciso que possa ser definido pelo direito positivo. Daí a grande resistência do Poder Judiciário e mesmo de alguns doutrinadores em aceitarem a possibilidade de invalidação de um ato administrativo por lesão apenas à moralidade administrativa. A maioria fala em imorali-

dade como uma espécie de agravante da ilegalidade e não como vício autônomo do ato administrativo. (DI PIETRO, 2020, p. 182/183)

Ou seja, sistematicamente, o ato de improbidade administrativa é aquele previsto em lei como tal, configurando um ilícito qualificado pela acentuada lesão aos postulados constitucionais que regem a atividade pública e a relação Estado e Sociedade.

3. A RELAÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DA TEORIA DO DELITO COM O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A Lei nº 8.429/92 trouxe institutos jurídicos que são de normas de sobredireito: tais como ilícito e sanção. Todavia, a evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa, mormente com a edição da Lei nº 14230/21, passou a compreender – não sem certa divergência – tais conceitos como o são tratados no direito penal.

Isso por causa de dois fatores: o primeiro, em decorrência do estado avançado da evolução de tais elementos no âmbito da ciência penal, que, no tempo mais próximo, teve acentuada atenção acadêmica desde o século XVIII. Segundo, em razão da severidade das sanções cominadas no âmbito da responsabilização por ato de improbidade administrativa.

Mais recentemente, no século XX, com a Obra inaugural de Fábio Medina Osório, é que a doutrina brasileira passou a contar com uma obra sistematizada sobre os institutos jurídicos que se relacionam, lato sensu, com a conduta administrativa. E, de forma expressa, o §4º do Art. 1º da LIA, com a redação dada pela Lei nº 14.230/21 previu que “aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.” A aproximação conceitual com os institutos de direito penal, todavia, permanecem, porquanto, a diferença entre sanção criminal e sanção administrativa, na maioria das vezes, é definida pela via procedimental em que aplicada.

Desse modo, o cenário atual é pela impossibilidade de aplicação do Direito Penal à improbidade administrativa, mas este adota concei-

tos aplicáveis àquele. O meio de interlocução entre os ramos se deu pelo novel Direito Administrativo Sancionador, que muito incorpora princípios do Direito Penal, tais como anterioridade, legalidade e tipicidade das condutas.

A natureza jurídica do ato de improbidade administrativa foi definida no âmbito do julgamento da Repercussão Geral ARE 843989-PR de Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, no qual consignou-se que a improbidade administrativa é um ilícito civil qualificado ou ilegalidade qualificada pela prática de corrupção. Ou seja, natureza cível do ato de improbidade em decorrência de a persecução ser na Jurisdição Cível.

Todavia, os principais institutos aplicáveis à improbidade administrativa têm raízes e fonte de interpretação na teoria do delito, seja diretamente, seja por remissão, via direito administrativo sancionador. Por exemplo, o §2º do Art. 1º da LIA, com redação dada pela Lei nº 14.230/21, traz o conceito de dolo, como vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado. No dispositivo em questão, diversos são os conceitos do Direito Penal que foram incorporados: ação ou omissão, dolo, integrado pela vontade de agir, pela compreensão da ilicitude do ato tipificado e pelo objetivo de alcançar o resultado. Por essa razão, a seguir, trataremos brevemente sobre eles.

3.1 Conceituação de Tipo e Tipicidade

A tipicidade é um dos elementos mais importantes na sistemática de aplicação de sanção. Em um Estado Democrático de Direito, só se pode punir um agente em decorrência de condutas previamente previstas em lei. Por isso, o instituto em questão configura garantia constitucional e cláusula pétrea: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

No âmbito do Direito Penal, tipo e tipicidade não se confundem. Tipo é a descrição legal da conduta; tipicidade, o juízo que se faz dessa conduta. Ambos estão interligados e se complementam, porquanto consagram que a conduta proibida deve estar previamente descrita em lei (tipo) e a análise dessa conduta deve se ater à subsunção do ato praticado à norma (juízo de tipicidade).

No âmbito da improbidade, a Lei nº 14.230/21 reforçou, contundentemente, a necessidade de que as condutas que sejam qualificadas com ímprobos estejam expressamente previstas em Lei, máxime, em relação aos atos de improbidade que violem princípios, nos termos do caput do Art. 11 da LIA.

Ocorre que, como visto acima, a tipicidade é requisito previsto para condutas qualificadas como crime. Isso é, não decorre do texto constitucional, expressa e diretamente, a aplicação da garantia em tela aos ilícitos civis ou administrativos.

Ocorre que a doutrina especializada considera que a omissão acima mais decorre da ausência de maturidade política para compreender o direito administrativo sancionador do que de uma espécie de silêncio eloquente. Nas palavras de Fábio Medina Osório:

Observe-se que o constituinte de 1988 consagra que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Art. 5º, LIV, CF/88) e que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (Art. 5º, § 2º, CF/88). Ademais, desde a EC 45/2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos poderão ser equivalentes a emendas constitucionais, desde que aprovados pelo Congresso pelo procedimento previsto no Art. 5º, § 3º, CF/88. Além disso, a mesma Carta Magna consagrou um rol extenso de direitos fundamentais, tais como os direitos ao Estado de Direito, à segurança jurídica, à legalidade, à proporcionalidade, com um leque significativo de desdobramentos em outros direitos. Não se pode alimentar qualquer espécie de dúvida no sentido de que tais direitos afetam, mutuamente, a atividade sancionadora do Estado, venha ela do Poder Executivo ou do Judiciário.

Pode-se dizer, nesse passo, que o princípio da tipicidade das infrações administrativas, além de encontrar ressonância direta ou indireta nesse substancial conjunto de direitos fundamentais, decorre, mais genericamente, do princípio de legalidade fundante do Estado de Direito, vale dizer, da garantia de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Art. 5º, II, CF/88). Some-se a isso o fato de que a Administração Pública, ademais, está submetida à exigência

de legalidade administrativa (Art. 37, *caput*, CF/88), o que pode implicar, em semelhante contexto, necessária tipicidade permissiva para elaborar modelos de condutas proibidas e sancioná-las. (OSÓRIO, 2023 p. 245)

Nesse diapasão, a tipicidade é o instituto jurídico que determina que a conduta proibida e, por isso, passível de sanção deve estar previamente consagrada no tipo, que é o dispositivo legal que prevê a conduta.

Sobre o tema, Misabel Derzi leciona que o tipo possui três funções: uma metodológica, que a autora denomina de tipo próprio, cuja função é de “ordenação do conhecimento em ordens que admitem transições fluidas e contínuas”, em oposição ao conceito clássico e classificatório”; outra classificatória, que seria o tipo impróprio, utilizado em Direito Penal e Direito Tributário, como um conceito determinado e fechado, com pretensão de delimitação e rigidez conceitual a última, como expressão da tipicidade aplicável para simplificar a execução de leis.

A expressão *tipicidade* ou modo tipificante de raciocinar tem sido ainda empregada, em especial, na teoria do direito público alemão para designar um meio ou técnica de tornar simples e viável a execução das leis. Passa a ser, então, uma manifestação do princípio da praticidade ou praticabilidade. Este que é o conceito de tipicidade como garantia constitucional, com objetivo de segurança jurídica, previsibilidade e certeza, aplicável também ao Direito Administrativo Sancionador, como visto acima. (ver capítulo 6). Com o objetivo de evitar a investigação exaustiva do caso isolado e reduzirem-se os custos na aplicação da lei ou, ainda, de se dispensar a colheita de provas difíceis ou mesmo impossíveis em cada caso concreto, o princípio da praticidade leva à criação de presunções e quantificações. Por detrás das presunções legais, pode haver – e, via de regra, há – uma anterior tipificação, em que se acolhe o tipo médio, o caso padrão ou frequente, mas, se o direito quer reforçar a segurança ou a praticidade fecha o tipo, através de conceitualização abstrata e determinada (*iuris et de iure*), ou o quantifica em número fixo. Nesse caso, tecnicamente não se deveria falar em “tipificação”, mas em conceitualização determinada e especificante. (DERZI, 2018, p. 353/354)

Para o presente trabalho, o conceito e a função de tipo é o classificatório ou tipo impróprio, como garantia constitucional, com objetivo de segurança jurídica, previsibilidade e certeza, aplicável também ao Direito Administrativo Sancionador, como visto acima.

A estrutura do tipo como conceito jurídico decorre do qual sistema do delito em que se posiciona. Nos sistemas causais (sistemas Litz-Beling), o tipo é a descrição objetiva da conduta e neutra da conduta prevista em lei. É o que se chama de tipo objetivo. Os elementos subjetivos (dolo ou culpa), por outro lado, eram analisados na culpabilidade, mas ainda dentro do conceito analítico de crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade). Como leciona Juarez Tavares:

Talvez a mais importante contribuição da teoria causal tenha sido a elaboração do conceito de tipo, segundo o proposto por Beling. Na verdade, a noção de tipo veio revolucionar inteiramente o Direito Penal, de tal modo que depois disso todas as construções sistemáticas do delito partem inquestionavelmente de seu pressuposto. Com efeito, foi com o conceito de tipo que se tornou possível a formulação do conceito analítico de delito. Neste sistema, entretanto, o tipo é entendido basicamente como a descrição objetiva e neutra do desenrolar de uma conduta, prevista na lei penal, e onde representam papel preponderante o movimento do agente (realidade causal) e o resultado. Isto não impede, é claro, que no tipo se incluam outras circunstâncias fundamentadoras do delito, em decorrência de imperativo legal. (TAVARES, 1980, p. 21).

Ocorre que o modelo finalista promoveu forte mudança na análise do tipo, ao entender que o tipo tem em si dois elementos: um, objetivo e outro, subjetivo. Por isso, até hoje se fala em tipicidade objetiva (subsunção da conduta à previsão normativa) e tipicidade subjetiva (dolo ou culpa). Conforme Lecionam João Paulo Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem:

O desenvolvimento do modelo finalista da conduta humana afastou o conceito de tipo penal puramente objetivo. Rejeitou-se a dicotomia da estrutura do delito promovido, em especial, pela escola causal-naturalista, trazendo a tipicidade ao anti-juridicidade abrangendo os elementos objetivos e a culpabilidade como elementos subjetivos. A migração do dolo e da culpa

para o juízo de tipicidade modificou sensivelmente o conteúdo do tipo, desmembrando-o em duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva. A tipicidade da conduta apenas estará completa quando presentes todos os elementos do tipo objetivo e do tipo subjetivo. Assim, o tipo objetivo é a descrição dos caracteres referentes à execução do crime, desde a conduta até o resultado. De forma mais técnica, o tipo objetivo inclui a **conduta** (ação ou omissão), o **nexo de causalidade**, a **imputação objetiva** e o **evento** (resultado). Por sua vez, o tipo subjetivo contém os elementos de **ordem psicológica (dolo e culpa)**, que formam o elo entre o agente e o tipo objetivo. [...] (BEM; MARTINELLI, 2021, p. 571)

Com essa mesma estrutura, os atos de improbidade administrativa são regidos pela Lei nº 8.429/92. Na redação original, admitia-se a possibilidade de tipicidade subjetiva culposa e, com a redação da Lei nº 14.230/21, passou-se a prever apenas a tipicidade dolosa e, ainda, qualificada com o elemento subjetivo específico, comumente chamado de dolo específico.

3.1.1 A Tipicidade Subjetiva

A tipicidade subjetiva merece breve explanação em razão da forte mudança que ocorreu com a Lei nº 14.230/21. Houve tanto uma redução do tipo subjetivo, excluindo a possibilidade culposa, como uma qualificação dos requisitos do dolo, o que delimita a possibilidade de responsabilização, seja por critério de fundamentação da imputação, seja por questões probatórias. Isso é, a tipicidade subjetiva na improbidade administrativa é mais restrita e de complexa constatação do que no âmbito do próprio Direito Penal, que, em tese, é a última *ratio* do Ordenamento Jurídico.

No modelo atual, da improbidade administrativa, o dolo é psicológico (ou seja, como o era no modelo do século XIX). Com isso, passa a ser necessário se provar que a vontade do agente era a de praticar a conduta ímproba e não só isso, satisfazer também o resultado.

Ocorre que, mesmo para fins penais, o dolo como vontade não demanda que se saiba o consciente interno do agente, questão que é

fator de reserva pessoal e impossível de se provar de forma justificável no âmbito do processo, salvo por meio da confissão. O que se demanda é que seja o assentimento do agente decorra do seu conhecimento, isso é, sabia que a conduta era proscrita e mesmo assim decidiu por praticá-la.

Por sua vez, o dolo específico não é uma espécie de dolo, mas tão somente de requisitos a mais para condicionar a imposição da pena e que estão fora do dolo. É o que a doutrina denomina de elementos especiais subjetivos do tipo. Ou seja, a finalidade específica a ser comprovada na imputação da conduta deve estar prevista em cada tipo objetivo e não como elemento inerente ao dolo.

Com isso, dolo é a consciência e vontade de praticar o tipo objetivo (Art. 18, I, do CP). Este tipo objetivo, por sua vez, pode ter elementos a mais, ditos elementos especiais do tipo subjetivo (o dolo específico, conquanto o termo seja rechaçado pela doutrina mais especializada), geralmente com os termos “com a finalidade de [...], para fins de [...]”.

Na LIA, o §3º do Art. 1º, primeira parte, prevê de forma semelhante: dolo como vontade livre e consciente, incluindo o objetivo de alcançar o alcançar o resultado ilícito tipificado, não bastando a voluntariedade do agente.

Ora, de plano nota-se que o artigo em questão misturou elementos do tipo (previsão em lei, conduta, dolo) com os elementos do dolo. A voluntariedade, por exemplo, não está dentro do dolo, mas da conduta. Isso é, não há uma figura de dolo involuntário, via de regra (as figuras do dolo eventual ou dolo sem vontade, entre outras que a doutrina penal estuda, para além de não misturarem a voluntariedade quando da análise do dolo, servem mais para ampliação da responsabilização, diferentemente do que buscou o legislador na modificação em tela, que foi a de reduzir o alcance da imputação).

4. A CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO ESPARSA

A explanação, até o presente momento, conquanto breve, sem pretensão de exaurir os temas envolvidos na teoria do tipo e tipicidade, permitem verificar que há clara diferença entre tipo objetivo – descrição da conduta em lei – e tipo subjetivo, dolo, para fins da Lei de Improbidade.

Essa análise é importante para perceber que o que importa para a configuração de uma conduta ímproba é que o comportamento ilícito seja previsto em lei e que ele seja praticado com conduta dolosa. Logo, isso não significa que o tipo objetivo e o tipo subjetivo estejam no mesmo texto de lei, isso é, na mesma codificação. O Ordenamento Jurídico pátrio não prevê o requisito da codificação, conquanto, por sistematização, sempre que possível, a codificação é recomendada.

Desse modo, assim como há crimes em legislação esparsa ou extravagante, isso é, fora do Código Penal, também é possível que o Legislador, quando da edição de normas especializadas dos mais diversos âmbitos da Ciência Jurídica, Fiscal, Eleitoral, Urbanística e entre outras, preveja que certas condutas contrárias àquelas normas configuram ato de improbidade administrativa.

A reforma da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) suscitou o debate sobre a (des) continuidade normativo-típica de diversas condutas previstas como ímprobas em legislação esparsa. Ou seja, entendendo que somente é improbidade o que estiver na Lei 8.429/92, confundindo necessidade de tipicidade com necessidade de codificação.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem se manifestado no sentido de que a improbidade se mantém se o novo texto legal apenas modificou o inciso que previa a conduta, sem aboli-la completamente. Em outras palavras, se a conduta, embora não mais se enquadre em um inciso revogado ou em uma interpretação genérica, encontrar correspondência em outro inciso do artigo 11 da LIA ou em legislação específica, haverá continuidade normativo-típica. Nesse sentido, veja-se recente

decisão, analisando-se a continuidade normativo-típica da improbidade administrativa por descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. DÉFICIT ORÇAMENTÁRIO. EXCESSIVO GASTO COM PUBLICIDADE EM PERÍODO ELEITORAL. SÚMULA N. 83 DO STJ. SÚMULA N. 7 DO STJ. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 182 DO STJ. DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

5. I - Na origem, trata-se de ato de improbidade administrativa proposta por Ministério Público do Estado de São Paulo contra prefeita municipal em razão do déficit financeiro em 164,02% e déficit econômico com elevação nominal de 197,10%, em afronta ao Art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, tendo o Tribunal de Contas constatado a realização de despesas com publicidade em desacordo com a legislação eleitoral, excedendo-se em R\$ 2.290.360,26 (dois milhões, duzentos e noventa mil trezentos e sessenta reais e vinte e seis centavos). Na sentença o pedido foi julgado procedente. No Tribunal a quo, a sentença foi mantida, mas concedida a gratuidade judiciária.

II - A ausência de impugnação específica em relação a todos os fundamentos da decisão que obstou o seguimento do recurso na origem impede o conhecimento do recurso.

III - A decisão de inadmissibilidade do recurso especial não é formada por capítulos autônomos, mas por um único dispositivo, o que exige que a parte agravante impugne todos os fundamentos da decisão que não admitiu o recurso especial, sob pena de não conhecimento pela aplicação da Súmula 182/STJ.

IV - A violação ao Art. 42 da Lei Complementar 101/2000, continua sendo punida segundo a Lei nº 8.429/1992, mesmo após o advento da Lei 14.230/2021, conforme previsão expressa do Art. 73 da LRF.

V - A Lei nº 14.230/2021 não afasta os atos ímprobos previstos na legislação esparsa. Precedente do STJ: AgInt no AgInt no AREsp n. 1.479.463/SP, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 3/12/2024, DJEN de 9/12/2024.

VI - Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp nº 1.896.402/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 13/8/2025, DJEN de 18/8/2025.)

Diante de tal quadro, a seguir, serão analisados os atos de improbidade administrativa previstos na legislação esparsa, dando especial atenção para aqueles que ofendam a probidade fiscal, orçamentária e tributária.

4.1 Atos de improbidade administrativa previstos no Estatuto da Cidade

A probidade administrativa urbanística é tema central no Direito brasileiro, decorrente da necessidade de garantir o cumprimento dos objetivos estabelecidos para a ordenação do espaço urbano, conforme previsto na Constituição Federal.

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) é o diploma legal que regulamenta os Arts. 182 e 183 da CRFB/1988 e estabelece as diretrizes gerais da política urbana. O principal objetivo dessa política é ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que as condutas de improbidade administrativa previstas no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), especialmente no Art. 52, envolvem o uso irregular dos institutos de direito urbano, com impacto direto na função social da propriedade.

No cerne dos instrumentos jurídicos urbanísticos, está o plano diretor, considerado o instrumento básico e essencial para a execução da política de desenvolvimento urbano. A título exemplificativo, temos algumas condutas que configuram improbidade administrativa urbanística:

1. Aplicação irregular de recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir ou com operações consorciadas em desacordo com a destinação vinculada prevista em lei (Art. 52, IV e V);

2. Falha na transparência/participação da comunidade, de modo a impedir ou deixar de garantir os requisitos de participação popular, publicidade e acesso aos documentos durante o processo do plano diretor (Art. 52, VI).
3. Aquisição de imóvel objeto de direito de preempção por valor comprovadamente superior ao de mercado (Art. 52, VIII).

A subsunção de tais atos devem encontrar ressonância nas respectivas sanções previstas nos Arts. 9º (enriquecimento ilícito), 10 (prejuízo ao erário), ou 11 (atentado contra os princípios) da Lei nº 8.429/1992. A conduta material qualificada (ou seja, o ato a ser considerado ímprobo, todavia, consta da legislação urbanística.

Desse modo, é patente a continuidade normativo-típica das condutas tidas como configuradoras de improbidade administrativa previstas no Art. 52 do Estatuto da Cidade.

4.2 Atos de improbidade administrativa previstos na Legislação Eleitoral

Como visto, o sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tem seu fundamento no Art. 37, § 4º, da Constituição Federal, e é centralizado na LIA. No entanto, ele é complementado por outras normas esparsas que também tipificam atos de improbidade. A própria LIA, após a reforma, reconhece essa estrutura em seu Art. 1º, § 1º, ao considerar como atos de improbidade as condutas dolosas tipificadas nos Arts. 9º, 10 e 11, "ressalvados tipos previstos em leis especiais, nos termos do §1º do Art. 1º da LIA.

Entre essas legislações especiais está a Lei nº 9.504/1997 (Lei Eleitoral). Seu Artigo 73 estabelece uma série de condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais, com o objetivo de proteger a igualdade de oportunidades entre os candidatos. As condutas relevantes para esta análise estão nos incisos I e II:

Inciso I: Proíbe "ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta".

Inciso II: Veda "usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram".

A conexão direta dessas condutas com o sistema de improbidade é feita pelo § 7º do mesmo Artigo 73, que dispõe expressamente:

§ 7º As condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o Art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do Art. 12, inciso III.

Dessa forma, a própria Lei Eleitoral qualifica as condutas vedadas como atos de improbidade administrativa, fazendo remissão expressa à LIA, permanecendo vigente, portanto, o sancionamento de tais condutas como atos de improbidade administrativa.

4.3 Atos de improbidade administrativa previstos na legislação Fiscal e Financeira

A legislação financeira, notadamente a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), traz em seu bojo normas de prudência e probidade fiscal, cuja violação de seus preceitos permanece passível de sanção por improbidade, ainda que sob uma nova e mais rigorosa hermenêutica.

Desse modo, a LIA e a LRF não são diplomas isolados; formam um sistema coeso de proteção à coisa pública. A exigência de uma gestão fiscal planejada, transparente e responsável, conforme delineado pela LRF, é o alicerce para a probidade administrativa.

Essa conexão é positivada no artigo 73 da própria LRF, que, ao prever sanções para o descumprimento de suas normas, remete a outras esferas de responsabilização, incluindo a improbidade administrativa. Assim, a LRF atua como uma norma de extensão, qualificando certas condutas de gestão fiscal irresponsável como potencialmente ímprobas.

A redação anterior da Lei nº 8.429/92 previa, expressamente, a conduta ímproba de “agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio

público" (Art. 10, inciso X). Mesmo com a revogação do dispositivo, a LRF continua estabelecendo o dever do administrador de instituir e arrecadar os tributos de competência do ente federativo.

Nesse sentido, sabe-se que a Lei nº 14.230/21 baniu a modalidade culposa de improbidade. Assim, a mera negligência na arrecadação não é mais, por si só, um ato de improbidade. Contudo, isso não significa que a omissão deliberada na arrecadação de tributos tenha se tornado uma conduta lícita e imune a sanções.

A conduta de não arrecadar um tributo devido, se praticada de forma intencional e com a finalidade específica de causar prejuízo ao erário, pode e deve ser perfeitamente enquadrada na nova redação do *caput* do Artigo 10 da LIA. O que mudou não foi a ilicitude da conduta em si, mas os requisitos para sua punição, consistentes em comprovar que o agente agiu com "vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito", e não apenas por inépcia ou má gestão. A conduta migrou de um tipo que admitia culpa para a regra que exige dolo específico e dano efetivo.

Da mesma forma, a conduta de conceder benefício fiscal indevidamente, que era tratada no revogado Art. 10-A, foi realocada para o inciso VII do Art. 10, em claro exemplo de continuidade normativa em que o legislador optou por manter a proibição, mas submetendo-a ao regime mais rigoroso dos atos que causam lesão ao erário.

Desse modo, o fato típico previsto no anterior Art. 10-A da LIA, que estabelecia como ato de improbidade administrativa "qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do Art. 8º-A da LC 116" não restou abolido. O que ocorreu foi o deslocamento do eixo normativo para o rol do Art. 10, que trata dos atos que causam prejuízo ao erário, especificamente em seu inciso VII.

A redação desse novo inciso é praticamente idêntica à do antigo Art. 10-A, todavia, mais ampla, porque não restringe aos benefícios de ISS, e ao mesmo tempo, mais qualificada, porquanto a configuração do ato como improbidade administrativa deverá se dar com a constatação da tipicidade subjetiva, nos moldes cunhados pelo §4º do Art. 1º da LIA.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, nas breves linhas constantes do presente estudo, foi possível verificar que a Lei nº 14.230/2021 inaugurou um novo capítulo na história do combate à improbidade administrativa no Brasil, redefinindo contornos jurídicos do instituto, sem, contudo, significar em ruptura total com o sistema de tutela da probidade administrativa que decorre da Constituição da República e foi se aperfeiçoando ao longo de quase três décadas.

Conforme analisado no presente artigo, a reforma da Lei de Improbidade consistiu na concretização de um modelo de reproche que consolida a incorporação de conceitos clássicos da Parte Geral do Direito Penal. Todavia, o fez modificando e/ou misturando elementos constitutivos de diversos institutos da ciência criminal, como os relativos aos elementos subjetivos do tipo; o que tem demandado do aplicador do Direito a adaptação dos conhecimentos provenientes da Ciência Penal para o novel Direito Administrativo Sancionador.

Não obstante tal inovação hermenêutica inicial, a reforma realizada pela Lei nº 14.230/2021 não significou uma *abolitio total* de atos-tipos de improbidade administrativa, não revogando as diversas previsões constantes da legislação esparsa. O que se operou foi uma complexa reconfiguração do microssistema, cuja coesão é assegurada pelo princípio da continuidade normativo-típica.

Como visto, a mudança operada na tipicidade subjetiva, com a supressão da modalidade culposa e a qualificação do dolo não significaram uma anistia generalizada aos atos de improbidade administrativa, notadamente, previstos em leis especiais. Apenas exigirá do intérprete a compatibilização racional da imputação quando se deparar com a ocorrência desses atos de improbidade administrativa.

Assim, a revogação de tipos de improbidade se deu concretamente, em relação a tipos abertos de improbidade e não em relação a tipos especiais, notadamente, os previstos na legislação de tutela da probidade fiscal.

Assim, a conduta de não arrecadar um tributo devido, quando praticada de forma intencional e com a finalidade específica de cau-

sar prejuízo ao erário, pode e deve ser enquadrada na nova redação do *caput* do Artigo 10 da LIA, em consonância com o Art. 73 da LRF.

Por sua vez, a conduta de conceder benefício fiscal indevidamente, que era tratada no revogado Art. 10-A, foi realocada para o inciso VII do Art. 10 da Lei de Improbidade, mesmo após a edição da Lei nº 14.230/2021, em claro exemplo de continuidade normativa – verdadeira permanência normativa, mantendo-se, portanto, a necessária reprovação a atos de improbidade administrativa que maculem a probidade fiscal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 19 jul. 2025.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 15 de outubro de 2025

BRASIL. Lei nº 9.504/97. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em 17 outubro de 2025

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. *Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na ges-*

tão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Lei nº 10.257/01. Regulamenta os Arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm Acesso em 6 out. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 843989, Relator(a): Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2022, Repercussão Geral – Tema 1199. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4652910> Acesso em 17 de out de 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp nº 1.896.402/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 13/08/2025, DJEN de 18/08/2025.) Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202101438530. Acesso em: 17 de out. 2025.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Direito Tributário, Direito Penal E Tipo. 3.ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1768>. Acesso em: 17 out. 2025.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt. Direito Penal: Lições fundamentais. Parte Geral. 6. ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

TAVARES, Juarez. Teorias do delito: variações e tendências. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.



A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 40 DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS: ANÁLISE DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE TRIBUTÁRIA À LUZ DO TEMA N° 390 DO STF

THE CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 40 OF THE TAX EXECUTION LAW: AN ANALYSIS OF THE INTERCURRENT STATUTE OF LIMITATIONS IN LIGHT OF THEME N° 390 OF THE STF

Marlos Emanuel Medeiros Gama¹

RESUMO: Este trabalho objetiva analisar a constitucionalidade do Artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais, que disciplina a prescrição intercorrente, com base no Tema n° 390 do STF (Recurso Extraordinário n° 636.562/SC). A constitucionalidade da norma tornou-se objeto de controvérsias nos tribunais brasileiros, devido ao aparente conflito entre o dispositivo previsto em lei ordinária e a exigência de lei complementar para disciplinar prescrição tributária estabelecida no Artigo 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal. Metodologicamente, o presente artigo apresenta resultados de uma pesquisa teórica e qualitativa, realizada especialmente a partir de análise bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do Artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais no tocante à prescrição intercorrente dos créditos tributários e ao prazo de suspensão do processo por um ano, assim como esclareceu que o instituto processual se inicia automaticamente após o término da suspensão. De acordo com

¹ Procurador da Fazenda Nacional. Ex-Procurador Federal. Pós-graduado em Direito Público, Direito Processual, Direito Civil e Advocacia Consultiva. Autor dos livros *Ativismo judicial no STF: uma análise das decisões de grande repercussão* e *Os principais impactos da Reforma Trabalhista no Processo do Trabalho*. Coautor do livro *Transformações do Direito na contemporaneidade*. Autor de artigos jurídicos especializados.

a Corte, o dispositivo legal não viola a reserva de lei complementar e o prazo de suspensão tem natureza processual, não configurando uma hipótese de suspensão da prescrição tributária. Conclui-se que o entendimento firmado preserva o interesse público na cobrança de créditos por meio da execução fiscal e a segurança jurídica dos executados.

PALAVRAS-CHAVE: Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the constitutionality of Article 40 of the Tax Execution Law, which governs the intercurrent statute of limitations, based on Theme No. 390 of the Supreme Court of Brazil (Extraordinary Appeal No. 636.562/SC). The constitutionality of the rule became a subject of controversy in Brazilian courts due to the apparent conflict between the provision foreseen in ordinary law and the requirement for a supplementary law to regulate tax statutes of limitations, established in Article 146, section III, letter "b", of the Federal Constitution. Methodologically, this article presents the results of theoretical and qualitative research, conducted primarily through bibliographic, case law, and legislative analysis. The Court upheld the constitutionality of Article 40 of the Tax Execution Law regarding the intercurrent statute of limitations for tax credits and the one-year suspension period of the process; it also clarified that the procedural mechanism begins automatically after the suspension ends. According to the Court, the legal provision does not violate the requirement for a supplementary law, and the suspension period is procedural in nature, not constituting an instance of suspension of the tax statute of limitations. It is concluded that the established understanding preserves the public interest in credit recovery through tax execution and the legal certainty of the debtors.

KEYWORDS: Tax execution. Intercurrent statute of limitations. Federal Supreme Court.

1. INTRODUÇÃO

As execuções fiscais representam a maior parte dos processos de execução no primeiro grau do Poder Judiciário brasileiro, segundo o Relatório Justiça em Números 2022 do Conselho Nacional de Justiça. Conforme o levantamento, que foi considerado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema nº 390, a taxa de congestionamento alcançou 90%, isto é, a cada cem processos de execução fiscal em curso em 2021, somente dez foram extintos. Esses dados evidenciam uma sobrecarga do sistema processual, com execuções que não alcançam a satisfação do crédito público.

Nesse contexto, a prescrição intercorrente destaca-se como mecanismo de não eternização de execuções sem perspectiva de êxito, garantindo segurança jurídica. Segundo o Artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/1980), dispositivo que a regula, quando o devedor não for localizado ou não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de um ano, findo o qual, persistindo esse cenário, iniciará a contagem do prazo prescricional intercorrente. Transcorrido esse período sem a citação do devedor ou a identificação de bens passíveis de penhora, o juiz reconhecerá a prescrição intercorrente e extinguirá a execução.

Contudo, a prescrição intercorrente dos créditos tributários tornou-se objeto de controvérsias nos tribunais brasileiros quanto à sua constitucionalidade. Para alguns tribunais, o Artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais, que possui natureza de lei ordinária, não seria compatível com o Artigo 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, segundo o qual cabe à lei complementar disciplinar a prescrição tributária.

Essa questão foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário nº 636.562/SC. O caso concreto versou sobre execução fiscal ajuizada pela União para a cobrança de créditos tributários. Em sede de apelação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu conflito entre o § 4º do Artigo 40 da Lei nº 6.830/1980 e o Código Tributário Nacional, que positiva a prescrição tributária e tem *status* de lei complementar.

Em sede de repercussão geral (Tema nº 390), a Suprema Corte reconheceu a validade do Artigo 40 da Lei nº 6.830/1980 em relação à prescrição intercorrente dos créditos de natureza tributária e ao prazo de suspensão do processo por um ano. Na mesma decisão, a Corte fixou o termo inicial do prazo prescricional, estabelecendo que a sua contagem se inicia de forma automática após o término da suspensão.

Em razão da relevância do tema, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a constitucionalidade do Artigo 40 da Lei nº 6.830/1980 à luz do Tema nº 390 de repercussão geral. Como objetivos específicos, pretende-se abordar os conceitos de execução fiscal e prescrição intercorrente, o procedimento legal da prescrição intercorrente, a controvérsia acerca da reserva de lei complementar para disciplinar prescrição tributária e os fundamentos da decisão da Suprema Corte.

Quanto à metodologia, o artigo adota abordagem qualitativa, com pesquisa de natureza bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. No plano jurisprudencial, a análise tem como fonte principal o Tema nº 390 (Recurso Extraordinário nº 636.562/SC). No âmbito doutrinário, foram consultadas obras especializadas em Direito Tributário, Direito Constitucional e Direito Processual Civil. No plano legislativo, foi examinada a legislação pertinente, com destaque para a Constituição Federal, o Código Tributário Nacional, a Lei de Execuções Fiscais e o Código de Processo Civil.

2. CONCEITOS DE EXECUÇÃO FISCAL E PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A execução fiscal constitui espécie de ação executiva reservada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, assim como às respectivas autarquias e fundações públicas para a cobrança de título extrajudicial referente a créditos tributários e não tributários inscritos em dívida ativa da Fazenda Pública (GODOI, 2023).

O instituto é disciplinado pela Lei nº 6.830/1980, conhecida como Lei de Execuções Fiscais, que estabelece procedimento próprio para a cobrança judicial, em razão do interesse público na satisfação do crédito fiscal. De acordo com o Artigo 1º da referida lei, aplicam-se subsidiariamente as normas gerais do Código de Processo Civil (Lei nº

13.105/2015) naquilo que não for incompatível com o procedimento especial.

A Lei nº 6.830/1980 também estabelece que a atribuição para apuração e inscrição da Dívida Ativa da União é da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), na forma do § 4º do Artigo 2º, segundo o qual: “Art. 2º [...] § 4º - A Dívida Ativa da União será apurada e inscrita na Procuradoria da Fazenda Nacional.” (BRASIL, 1980).

A prescrição intercorrente, por sua vez, consiste na perda da pretensão executória que se verifica no curso do processo executivo (POLO, 2023). Caracteriza-se quando transcorrido prazo superior ao estabelecido em lei em decorrência da ineficácia da ação para alcançar a satisfação do crédito fazendário, diante da não localização do devedor ou de bens penhoráveis. Esse entendimento foi destacado no Recurso Extraordinário nº 636.562/SC (Tema nº 390), que será analisado adiante, pelo relator Luís Roberto Barroso.

Barroso, no mesmo julgamento, ressaltou que a inércia da Fazenda Pública não é pressuposto desse instituto, mas sim a ausência de eficácia do processo executivo, notadamente por não configurar uma punição ao credor.

Conforme as lições de Marcelo Polo (2023), o fundamento da prescrição intercorrente está no princípio da segurança jurídica, que impede a eternização da execução:

A razão prática para a criação do instituto está em dar solução à suspensão *sine die* do processo diante da não localização do devedor ou de bens penhoráveis. O fundamento é buscado no princípio da segurança jurídica, na raiz do qual está a repulsa à infinidade de situações pendentes. De fato, contraria a própria natureza do processo que fique suspenso indefinitivamente, *ad aeternum*. (POLO, 2023, p. 807, grifo do autor).

O instituto é positivado no § 4º do Artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais, incluído pela Lei nº 11.051/2004. Segundo o dispositivo, o juiz reconhecerá e decretará a prescrição intercorrente quando decorrido o prazo de prescrição do crédito inscrito em dívida ativa após a decisão que determinar o arquivamento dos autos, nos seguintes termos:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. [...] § 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004) (BRASIL, 1980).

Além da Lei nº 6.830/1980, outros diplomas legais também disciplinam esse instrumento, como o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015). A legislação processual, no § 5º do Artigo 921, estabelece que, quando o devedor não for localizado ou não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz reconhecerá a prescrição intercorrente e extinguirá o processo executivo, sem ônus para as partes².

Nesse sentido, a Lei nº 13.105/2015 estabeleceu um procedimento semelhante à Lei de Execuções Fiscais, fixando expressamente um prazo de quinze dias para as partes se manifestarem sobre a prescrição intercorrente antes do seu reconhecimento. Essa manifestação prévia, conforme ensina Daniel Amorim Assumpção (2019), tem como fundamento o princípio do contraditório.

3. PROCEDIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO FISCAL

Para compreender a prescrição intercorrente, é essencial conhecer o procedimento previsto na Lei nº 6.830/1980 para o seu reconhecimento judicial na execução fiscal, notadamente os principais parâmetros estabelecidos pelos tribunais superiores nos últimos anos.

Inicialmente, a execução fiscal é ajuizada pela Fazenda Pública, ocasião em que o juiz, após receber a petição inicial, determinará a citação do devedor para quitar a dívida ou garantir a execução, no prazo de cinco dias³.

2 “Art. 921. Suspende-se a execução: [...] III - quando não for localizado o executado ou bens penhoráveis; [...] § 5º O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição no curso do processo e extingui-lo, sem ônus para as partes.” (BRASIL, 2015).

3 Artigos 7º e 8º da Lei de Execuções Fiscais.

O despacho interrompe a prescrição ordinária, tanto dos créditos não tributários, como as multas administrativas, quanto dos créditos tributários⁴.

Determinada a citação, o executado pode ser citado sucessivamente por correio, com aviso de recebimento, por oficial de justiça ou por edital⁵. O caráter subsidiário da citação por edital foi consolidado na Súmula nº 414 do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação: “A citação por edital na execução fiscal é cabível quando frustradas as demais modalidades.” (BRASIL, 2009).

Após a localização do devedor, caso este não pague o débito ou garanta a execução, por meio de depósito em dinheiro, fiança bancária, seguro garantia ou nomeação de bens à penhora⁶, o juiz determinará a penhora de bens suficientes para garantir a execução, com exceção daqueles impenhoráveis⁷.

No entanto, nos termos do § 1º do Artigo 40 da Lei nº 6.830/1980, não sendo possível a citação do devedor, inclusive por edital, ou a localização de bens penhoráveis, o juiz suspenderá o processo executivo pelo prazo de um ano, período no qual não correrá a prescrição, e intimará a Fazenda Pública:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. § 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública. (BRASIL, 1980).

Importante destacar, conforme as lições de Leonardo Carneiro da Cunha (2020), que, mesmo que o devedor não seja encontrado, se forem localizados bens penhoráveis, não ocorrerá a suspensão anual, sendo possível a realização de arresto, na forma do Artigo 830 do Código de Processo Civil⁸.

4 Artigo 8º, § 2º, da Lei de Execuções Fiscais e Artigo 174, parágrafo único, inciso I, do Código Tributário Nacional, respectivamente.

5 Artigo 8º da Lei de Execuções Fiscais.

6 Artigo 9º da Lei de Execuções Fiscais.

7 Artigo 10 da Lei de Execuções Fiscais.

8 “Art. 830. Se o oficial de justiça não encontrar o executado, arrestar-lhe-á tantos bens quantos

Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.340.553/RS, em sede de recurso repetitivo, o prazo de suspensão tem início automaticamente a partir da intimação da Fazenda Pública sobre a não localização do devedor ou de bens penhoráveis.

No mesmo sentido, Marcelo Polo (2023) já defendia, anteriormente à decisão do STJ, que tal suspensão se inicia com a intimação da Fazenda Pública, e não com a decisão que determina o arquivamento da execução, nos seguintes termos:

[...] o STJ, no julgamento do recurso repetitivo, acolheu posição aqui defendida no sentido de que o prazo de suspensão seguido do prazo prescricional intercorrente é contado da intimação da Fazenda Pública exequente, a despeito da literalidade do § 4º do Art. 40, que determina a contagem do prazo prescricional intercorrente ‘da decisão que ordenar o arquivamento’. Com efeito, em todo prazo preclusivo, a contagem se dá a partir da intimação da parte contra a qual é estipulado. No caso, mais que prazo preclusivo, tem-se o início da fluência de prazo prescricional extintivo. (POLO, 2023, p. 837-838, grifo do autor).

Transcorrido o prazo de um ano sem citação do devedor ou localização de bens penhoráveis, o juiz determinará o arquivamento dos autos, sem baixa na distribuição, isto é, sem extinção do processo, conforme estabelece o § 2º do Artigo 40 da Lei nº 6.830/1980⁹.

Nesse momento, inicia-se automaticamente a contagem do prazo prescricional intercorrente, independentemente de despacho judicial nesse sentido, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.340.553/RS.

Esse prazo prescricional é determinado de acordo com a espécie do crédito fiscal. Para os créditos tributários, aplica-se o prazo de cinco anos fixado para a prescrição ordinária tributária, conforme o Artigo 174 do Código Tributário Nacional¹⁰. Por outro lado, para os créditos

bastem para garantir a execução.” (BRASIL, 2015).

9 “Art. 40 [...] § 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.” (BRASIL, 1980).

10 “Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.” (BRASIL, 1966).

não tributários, incide o prazo definido na legislação especial (POLO, 2023).

Em consonância com o § 2º do Artigo 40, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 314, com o seguinte teor: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente” (BRASIL, 2005). Ressalte-se que, embora a súmula indique prazo quinquenal, a prescrição intercorrente observa o mesmo lapso temporal da prescrição ordinária do crédito.

Durante o transcurso do prazo prescricional, é possível a sua interrupção se ocorrer a efetiva constrição patrimonial ou a citação do devedor, inclusive por edital, caso não tenha sido citado¹¹. Conforme a doutrina, interrompido o prazo, a sua contagem recomeça em sua totalidade (ALEXANDRE, 2023).

Contudo, caso a Fazenda Pública protocole petição dentro do prazo, informando o endereço do devedor ou indicando um bem penhorável, que resulte na efetivação da citação ou na realização da penhora, mesmo que após o prazo prescricional, opera-se a interrupção da prescrição na data do protocolo da petição, segundo o STJ no Recurso Especial nº 1.340.553/RS.

Consumado o prazo prescricional, o juiz deverá intimar a Fazenda Pública, oportunidade na qual a exequente poderá demonstrar a eventual ocorrência de interrupção ou suspensão. Com ou sem a manifestação do Poder Público, não existindo impedimento para o reconhecimento da prescrição intercorrente, o magistrado decretará a medida e extinguirá o processo executivo¹².

No entanto, caso o valor cobrado seja inferior ao mínimo definido pelo ministro de Estado da Fazenda, a oitiva prévia da União será dispensada, de acordo com o § 5º do Artigo 40 da Lei nº 6.830/1980, introduzido pela Lei nº 11.960/2009. A norma excepciona o contraditório, em razão de ato anterior da própria Fazenda Pública (CUNHA, 2020).

11 Artigo 40, § 3º, da Lei de Execuções Fiscais.

12 Artigo 40, § 4º, da Lei de Execuções Fiscais.

4. A CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL SOBRE O ARTIGO 40 DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS NO RE Nº 636.562/SC (TEMA Nº 390)

4.1. O caso concreto

O Recurso Extraordinário nº 636.562/SC (Tema nº 390 de repercussão geral) teve origem em execução fiscal ajuizada pela União para a cobrança de créditos tributários federais (BRASIL, 2023).

No curso do processo, a Fazenda Nacional formulou requerimento de suspensão do processo por noventa dias para pesquisar o endereço e bens do executado (BRASIL, 2023).

Ao apreciar o pedido, o juiz proferiu decisão, em 24 de julho de 2003, determinando a suspensão da execução por um ano, com o subsequente arquivamento dos autos, caso o ente público não apresentasse novos requerimentos (BRASIL, 2023).

Transcorridos mais de seis anos do arquivamento dos autos, a União foi intimada, em 16 de novembro de 2009, para se manifestar acerca da ocorrência de prescrição intercorrente (BRASIL, 2023).

Em sua manifestação, a Fazenda Nacional alegou que não foram preenchidos os pressupostos previstos no Artigo 40 da Lei nº 6.830/1980 e que não causou a paralisação da execução, requerendo o prosseguimento do processo executivo (BRASIL, 2023).

O juiz proferiu sentença reconhecendo a prescrição intercorrente, em razão do transcurso do prazo de cinco anos desde o término da suspensão anual, sem que houvesse interrupção da prescrição (BRASIL, 2023).

Inconformada com a decisão, a União interpôs apelação ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sustentando que não causou a paralisação da execução. Alegou, ainda, que não foi intimada da decisão que arquivou o processo, em desconformidade com o Artigo 25 da Lei de Execuções Fiscais, que prevê a necessidade de intimação pessoal do procurador da Fazenda Pública, e com o Artigo 20 da Lei nº 11.033/2004, segundo o qual os procuradores da Fazenda Nacional

têm a prerrogativa de intimação pessoal com vista dos autos. Ao final, requereu o afastamento da prescrição intercorrente e o prosseguimento da execução (BRASIL, 2023).

Contudo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento ao recurso de apelação da Fazenda Nacional. Para o tribunal, existe um conflito entre o *caput* e o § 4º do Artigo 40 da Lei nº 6.830/1980 e o Artigo 174 do Código Tributário Nacional, que possui natureza de lei complementar e não prevê causa suspensiva da prescrição (BRASIL, 2023).

Diante dessa decisão, a União interpôs recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, sustentando a compatibilidade do *caput* e do § 4º do Artigo 40 da Lei nº 6.830/1980 com o Artigo 174 do Código Tributário Nacional. Segundo o ente público, as referidas normas da Lei de Execuções Fiscais possuem natureza processual, constituindo uma hipótese de suspensão da execução, e não da prescrição ordinária tributária (BRASIL, 2023).

A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, manifestou-se contrariamente ao recurso da Fazenda Nacional, requerendo o seu desprovimento. Para o órgão ministerial, o trecho final do *caput* do Artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais não é compatível com o Artigo 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal. Tal dispositivo constitucional prevê a necessidade de lei complementar para disciplinar a prescrição tributária, abrangendo as causas suspensivas e interruptivas (BRASIL, 2023).

Logo, a questão foi submetida ao STF por meio do recurso extraordinário para análise da compatibilidade do Artigo 40 da Lei nº 6.830/1980 com a exigência de lei complementar.

4.2. O reconhecimento da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal

Ao analisar a matéria, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 636.562/SC, apreciou a aparente incompatibilidade do Artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais com a exigência constitucional de lei complementar para dispor sobre a prescrição tributária.

Preliminarmente, ressalte-se que as leis complementar e ordinária se diferenciam quanto aos aspectos formal e material. Formalmente, o procedimento legislativo da lei complementar exige quórum de maioria absoluta, conforme o Artigo 69 da Constituição Federal, mais rigoroso que o da lei ordinária, aprovada por maioria simples. No aspecto material, a Constituição Federal reservou à lei complementar determinadas matérias de maneira taxativa, cabendo à lei ordinária a disciplina das demais matérias não reservadas.

Nesse contexto, o Artigo 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal atribuiu à lei complementar o regramento das normas gerais tributárias, notadamente a prescrição tributária, nos seguintes termos: “Art. 146. Cabe à lei complementar: [...] III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;” (BRASIL, 1988).

Importante esclarecer que o Código Tributário Nacional, que positivou as normas gerais de Direito Tributário, dentre as quais a prescrição tributária, embora tenha sido aprovado como lei ordinária (Lei nº 5.172/1966), foi recepcionado como lei complementar pelas Constituições de 1967/1969 e 1988, como ensina Paulo Gustavo Gonet Branco (2015).

Diante desse quadro normativo, argumentou-se que a prescrição intercorrente não poderia ter sido regulamentada pela Lei nº 6.830/1980, que possui natureza de lei ordinária, mas sim por lei complementar, conforme estabelecido no Artigo 174 do Código Tributário Nacional, com fundamento na alínea “b” do inciso III do Artigo 146 da Constituição Federal (BRASIL, 2023).

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.562/SC (Tema nº 390 de repercussão geral), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do Artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais. Confira-se:

[...] A prescrição intercorrente tributária foi introduzida pela Lei nº 6.830/1980, que tem natureza de lei ordinária. O Art. 40 desse diploma não afronta o Art. 146, III, b, da CF/1988, pois o legislador ordinário se limitou a transpor o modelo estabelecido pelo

Art. 174 do CTN, adaptando-o às particularidades da prescrição intercorrente. (BRASIL, 2023, p. 2).

Ademais, a Corte destacou que o prazo de suspensão por um ano em razão da ausência de localização do devedor ou de bens penhoráveis é uma condição processual para o termo inicial da prescrição intercorrente, e não uma hipótese de suspensão da prescrição tributária.

Em virtude dessa natureza, a suspensão pode ser regulamentada pela União mediante lei ordinária, conforme o inciso I do Artigo 22 da Constituição Federal¹³, que atribui à União competência para legislar sobre Direito Processual.

Corroborando esse entendimento, Marcelo Polo (2023) ensina que o prazo de suspensão anual tem natureza processual, razão pela qual a matéria pode ser disciplinada pela Lei nº 6.830/1980:

[...] cuida o § 2º do prazo de suspensão do processo de execução pela ausência de bens penhoráveis ou pela não localização do devedor. Trata-se, pois, de *típica disposição de natureza processual, sobre a qual a lei processual (de natureza ordinária) detém total competência para tratar*. (POLO, 2023, p. 812, grifo do autor).

O Supremo Tribunal Federal também ressaltou que não seria razoável que a contagem da prescrição se iniciasse no primeiro obstáculo de citar o devedor ou de localizar bens passíveis de penhora, nos seguintes termos:

[...] 7. O prazo de suspensão de 1 (um) ano (Art. 40, § 1º, da Lei nº 6.830/1980) busca estabilizar a ruptura processual no tempo, de modo a ser possível constatar a probabilidade remota ou improvável de satisfação do crédito. Não seria consistente com o fim do feito executivo que, na primeira dificuldade de localizar o devedor ou encontrar bens penhoráveis, se iniciasse a contagem do prazo prescricional. Trata-se de mera condição processual da prescrição intercorrente, que pode, portanto, ser disciplinada por lei ordinária. (BRASIL, 2023, p. 2).

¹³ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual [...]” (BRASIL, 1988).

Conforme consta na decisão, a Lei nº 6.830/1980 não extrapolou a sistemática prevista no Artigo 174 do Código Tributário Nacional, restringindo-se a adequá-la às especificidades da prescrição que ocorre no curso do processo.

Desse modo, para a Corte, o Artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais não viola a reserva de lei complementar, assim como não é incompatível com o Artigo 174 do Código Tributário Nacional. Enquanto a lei ordinária estabelece uma condição processual para a contagem da prescrição intercorrente, o Código Tributário Nacional prevê o prazo prescricional de cinco anos para a cobrança de créditos tributários, existindo, assim, uma complementariedade entre as normas.

Em consonância com o STJ no Recurso Especial nº 1.340.553/RS, o STF também esclareceu que o instituto processual se inicia automaticamente após o decurso da suspensão anual, independentemente do arquivamento judicial dos autos (BRASIL, 2023).

5. CONCLUSÃO

O presente estudo buscou analisar a constitucionalidade do Artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais à luz do Tema nº 390 de repercussão geral (Recurso Extraordinário nº 636.562/SC). A norma foi objeto de controvérsias nos tribunais brasileiros, devido ao aparente conflito entre o dispositivo previsto em lei ordinária e a reserva de lei complementar estabelecida para a prescrição tributária, nos termos do Artigo 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal.

Foram abordados os conceitos de execução fiscal e prescrição intercorrente, o procedimento previsto na Lei nº 6.830/1980 e no Código de Processo Civil do instituto processual, assim como o caso concreto do recurso extraordinário e os fundamentos da divergência constitucional.

Conforme exposto, o STF, no Tema nº 390, reconheceu a constitucionalidade do dispositivo legal quanto à prescrição intercorrente dos créditos de natureza tributária e ao prazo de suspensão do processo por um ano. De acordo com a Corte, o dispositivo legal não viola a reserva de lei complementar.

A Suprema Corte também destacou que o prazo legal de suspensão é uma condição processual para o termo inicial do instituto, e não uma hipótese de suspensão da prescrição tributária. Por essa razão, concluiu que a norma pode ser positivada por lei ordinária, considerando que a União tem competência para legislar sobre direito processual.

Outro aspecto importante fixado no Tema nº 390 refere-se ao termo inicial do prazo prescricional tributário. Segundo a Corte, a sua contagem inicia-se de forma automática após o término da suspensão anual, independentemente do arquivamento dos autos pelo juiz.

Conclui-se, assim, que a solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal preserva, de um lado, o interesse público na cobrança de créditos por meio da execução fiscal, de outro, a segurança jurídica dos executados, impedindo a eternização de execuções sem perspectiva de êxito.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 17. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

BRASIL, Código de Processo Civil (2015). Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 3 set. 2025.

_____, Código Tributário Nacional (1966). Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 3 ago. 2025.

_____, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 ago. 2025.

_____, Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1980. Disponível

em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 3 ago. 2025.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.340.553/RS. Recorrente: Fazenda Nacional, Recorrido: Djalma Gelson Luiz ME - Microempresa. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília/DF, 16 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=78186560&tipo=5&nreg=201201691933&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20181016&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 6 set. 2025.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 314. Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente. Brasília/DF, 2005. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/article/viewFile/5732/5851>>. Acesso em: 4 set. 2025.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 414. A citação por edital na execução fiscal é cabível quando frustradas as demais modalidades. Brasília/DF, 2009. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_39_capSumula414.pdf>. Acesso em: 7 set. 2025.

_____, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.562/SC. Recorrente: União, Recorrida: José Lino Schappo. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília/DF, 6 de março de 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15356349880&ext=.pdf>>. Acesso em: 4 ago. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2022. Brasília/DF: CNJ, 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 6 ago. 2025.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A fazenda pública em juízo. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELO FILHO, João Aurino de (Coord.). Execução Fiscal Aplicada: análise pragmática do processo de execução fiscal. 10. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.



DO CONFLITO À COOPERAÇÃO: A RECONFIGURAÇÃO DO FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO PELA REFORMA TRIBUTÁRIA E O CONSELHO NACIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA FISCAL COMO INSTRUMENTO DE CONSOLIDAÇÃO DO MODELO COOPERATIVO

FROM CONFLICT TO COOPERATION: THE RECONFIGURATION OF BRAZILIAN FISCAL FEDERALISM THROUGH TAX REFORM AND THE NATIONAL COUNCIL OF PUBLIC FISCAL DEFENSE AS AN INSTRUMENT FOR CONSOLIDATION OF THE COOPERATIVE MODEL

João Lucas Paiva Vianna¹

João Marcos Cerqueira Torres Costa²

Marina Rosas Léda³

RESUMO: O presente trabalho analisa a reformulação do federalismo fiscal brasileiro após a Emenda Constitucional nº 132 de 2023, que instituiu a Reforma Tributária. Historicamente marcado pelo descompasso entre a descentralização de competências e a concentração de receitas na União, o federalismo pátrio ocasionou um cenário de "guerra fiscal"

1 Procurador da Fazenda Nacional. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. E-mail: joao.vianna@pgfn.gov.br;

2 Procurador da Fazenda Nacional. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. E-mail: joao.cerqueira@pgfn.gov.br;

3 Procuradora da Fazenda Nacional. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. E-mail: marina.leda@pgfn.gov.br.

e insegurança jurídica. A pesquisa, de abordagem qualitativa, revela que a unificação do ICMS e do ISSQN no Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) e a aplicação do princípio do destino mitigam os conflitos de competência e a competição predatória entre os entes subnacionais. Analisa-se, ademais, o papel do Comitê Gestor do IBS como uma arena obrigatória de cooperação interfederativa e a criação do Conselho Nacional da Advocacia Pública Fiscal (CONAP) como instrumento de colaboração e redução da litigiosidade entre os entes federados.

PALAVRAS-CHAVE: Federalismo Fiscal Cooperativo; Reforma Tributária do Consumo; Conselho Nacional da Advocacia Pública Fiscal.

ABSTRACT: This paper analyzes the reformulation of Brazilian fiscal federalism following Constitutional Amendment nº 132 of 2023, which instituted the Tax Reform. Historically marked by the mismatch between the decentralization of powers and the concentration of revenues within the Union, Brazilian federalism has led to a scenario of "fiscal war" and legal uncertainty. This qualitative research reveals that the unification of the ICMS and ISSQN into the Tax on Goods and Services (IBS) and the application of the destination principle mitigate conflicts of jurisdiction and predatory competition among subnational entities. Furthermore, the study analyzes the role of the IBS Steering Committee as a mandatory arena for interfederative cooperation and the creation of the National Council of Public Fiscal Defense (CONAP) as an instrument for collaboration and reduction of litigation among federated entities.

KEYWORDS: Cooperative Fiscal Federalism; Consumption Tax Reform; National Council of Public Fiscal Defense (CONAP).

INTRODUÇÃO

Desde sua instituição, em 1889, o Estado Federal Brasileiro tem sido marcado por tensões estruturais entre a descentralização política e a concentração de recursos fiscais. Diferente do modelo norte-americano, caracterizado pela presença de um movimento centrípeto de agregação de Estados Soberanos, a experiência brasileira desenvolveu-se em sentido centrífugo, com a delegação de competências do poder central

para os entes periféricos. Essa particularidade, somada à própria dinâmica histórica nacional, moldou um arranjo federativo singular, agravado pela dificuldade de equilibrar autonomia política com autonomia financeira.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 representou um marco ao elevar os Municípios à condição de entes federados autônomos e ao consagrar expressamente o modelo de federalismo cooperativo. Contudo, no campo tributário, esse ideal constitucional não se materializou como prevista na teoria. Pelo contrário, criou-se um cenário paradoxal: enquanto se descentralizaram responsabilidades administrativas, manteve-se excessiva concentração arrecadatória na União, circunstância que gerou desequilíbrios na distribuição de recursos fiscais entre os entes federados.

Esse descompasso entre receitas e atribuições tornou-se particularmente evidente na tributação sobre o consumo, campo em que cinco tributos distintos — IPI, ICMS, ISSQN, PIS e COFINS — conviviam sob legislações fragmentadas e complexas. Isso ocorreu porque a multiplicidade de bases de incidência e os critérios de cobrança em operações interestaduais alimentaram conflitos de competência entre Estados e Municípios, além de intensificarem a chamada "guerra fiscal", competição predatória que resultou em perdas arrecadatórias generalizadas e em profunda insegurança jurídica.

Diante desse quadro, a Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023, surge como uma tentativa de resposta institucional à necessidade de reformulação estrutural da tributação sobre o consumo. Mais do que promover simplificação tributária, a reforma estabelece novos arranjos de governança compartilhada, criando mecanismos institucionais voltados à efetivação da cooperação interfederativa no campo fiscal.

Com efeito, a unificação do ICMS e do ISSQN no Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), a adoção do princípio do destino e a instituição do Comitê Gestor do IBS são somente exemplos de mudanças estruturantes que redefinem as relações entre União, Estados e Municípios.

Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo analisar de que forma a Reforma Tributária de 2023 atua como vetor da coopera-

ção institucionalizada entre os entes federados, promovendo a transição do modelo competitivo para o paradigma cooperativo no federalismo fiscal brasileiro. Para tanto, examina-se a arquitetura do novo sistema tributário, com ênfase na unificação de tributos e no princípio do destino como instrumentos de pacificação federativa; investiga-se o papel do Comitê Gestor do IBS como arena obrigatória de cooperação; e, finalmente, analisa-se a criação do Conselho Nacional da Advocacia Pública Fiscal (CONAP) como mecanismo de harmonização de entendimentos e de redução da litigiosidade entre as fazendas públicas.

A relevância do tema justifica-se não apenas pela magnitude das transformações implementadas, mas sobretudo pela oportunidade de verificar se os novos arranjos institucionais serão capazes de superar décadas de conflitos fiscais e de concretizar o ideal de federalismo cooperativo previsto pelo constituinte originário. Trata-se, em última análise, de avaliar se a reforma tributária logrará estabelecer bases sólidas para a cooperação fiscal institucionalizada, por meio da substituição da competição predatória por mecanismos de gestão compartilhada e harmoniosa dos recursos tributários.

Na metodologia, o trabalho adota abordagem qualitativa, baseada em pesquisa bibliográfica e documental, com análise da legislação pertinente, da doutrina especializada e dos arranjos institucionais criados pela Reforma. A investigação estrutura-se em três eixos principais: a análise histórico-constitucional do federalismo fiscal brasileiro; o exame das inovações trazidas pela EC 132/2023 e suas implicações para a cooperação interfederativa; e a avaliação crítica dos novos instrumentos de governança fiscal compartilhada.

1. O FEDERALISMO FISCAL COOPERATIVO: DO IDEAL HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL ATÉ A SUA FORMAÇÃO

No ano de 1776, as treze colônias inglesas estabelecidas na América do Norte e controladas pelo então Império Britânico decidiram se desvencilhar do poderio político central exercido pela Monarquia Inglesa. Tornaram-se, então, cada qual, diferentes Estado Soberanos (DALLARI, 2019, p. 11), dotados do poder e da responsabilidade de autogestão e defesa de seus territórios.

No entanto, na tentativa de se defenderem da reação da Coroa Britânica e das investidas contra a sua recém-declarada independência, esses Estados formalizaram diversos e sucessivos acordos entre si, por meio do quais transferiram de forma paulatina e pontual parcela e aspectos de suas competências a um Poder Legislativo Nacional (*Ibid*, 2019, p. 17-20).

O ponto culminante e decisivo de tais acordos resultou da decisão política tomada na Convenção da Filadélfia de 1787, quando foi redigido o documento conhecido como Constituição dos Estados Unidos da América e estabelecida uma nova maneira de organização daqueles que outrora eram Estados Soberanos, por meio da qual cada um abdica-ria de sua soberania em prol da existência de um Ente Central e da coe-xistência de entes federados menores e autônomos. Trata-se da primeira experiência histórica oficial do *federalismo*.

Conforme ressaltado por Caroline Quadros da Silveira Pereira (2021, p. 23), conceituar o federalismo - e, por consequência, o fenômeno da federação - é tarefa de extrema complexidade, visto que cada Estado que o adotou também lhe emprestou peculiaridades e lhe conferiu contornos próprios. É possível, entretanto, delimitar ao menos a presença de pontos em comum em sua forma de manifestação. Nas palavras daquela autora:

Na tentativa de estabelecimento de pontos comuns, verifica-se que alguns elementos, salvo melhor juízo, estão presentes nas mais diversas maneiras de materialização do federalismo: a existência de uma Constituição; a descentralização das competências; a autonomia e auto-organização; e a representação das unidades federativas no poder legislativo central.

No Brasil, o modelo federativo foi adotado pela primeira vez a partir da publicação do Decreto n.º 1, de 15 de novembro de 1889, o qual também implementou o Governo Republicano (TORRES, 2017, p. 29). Entretanto, a exteriorização e o teor do Estado Federado Brasileiro divergiam da experiência norte-americana: enquanto esta foi marcada por uma rígida divisão de competências entre os entes federados (*dual federalism*) (MARQUES JÚNIOR, 2022, p. 43) e a correlata existência de um movimento de transferência do poder da periferia para o centro

(movimento centrípeto), aquela foi formada da delegação de competências do centro para os entes menores (movimento centrífugo) e, a partir de 1930, do grau de afastamento da noção de federalismo dual (PEREIRA, 2021, p. 23).

Mas assim como toda experiência histórica, o federalismo brasileiro não se manteve rígido e isolado em seu núcleo de desenvolvimento. Pelo contrário, a sua evolução foi dinâmica e interativa. Com a publicação da Constituição Brasileira de 1934 e a partir da constatação de que os entes federados não poderiam coexistir sem mútua colaboração, iniciou-se um processo embrionário de formação de um conceito cooperativo, o que ocorreu principalmente por meio do fortalecimento dos Municípios (*Ibid*, 2021, p 23).

Todavia, o ápice da manifestação desse fenômeno de auxílio e reforço recíprocos somente foi melhor implementado a partir da Constituição Federal de 1988, fruto da noção de que um Estado Federado apenas pode ser forte e coeso se deixar de adotar condutas meramente negativas em termos de liberdades públicas e assumir postura proativa na promoção da igualdade material (MARQUES JÚNIOR, 2022, p. 12). É dessa ideia central que exsurge a noção de federalismo cooperativo.

1.1 O Federalismo cooperativo fiscal e os desafios na Constituição de 1988

Encerrar em uma noção hermética o conceito de federalismo cooperativo é uma tarefa tão árdua e infecunda quanto a de definir o conceito de federalismo. Porém, à semelhança de seu conceito de origem, pode-se entender por cooperativo o Estado Federado em que todos os entes colaboram e se prestam mútuo auxílio para a resolução de problemas inerentes às suas particularidades. Entendemos, salvo melhor juízo, que são duas as características básicas dessa noção, que, como afirmado, ganhou força com a Constituição de 1988.

A primeira característica é a de uma pluralidade real e efetiva de entes federados. A grande inovação da Constituição de 1988 foi a inclusão dos Municípios como entes federados, em pé de igualdade com a União, os Estados e o Distrito Federal (PEREIRA, 2021, p. 24). Trata-se de experiência única na esfera internacional e, inclusive, conside-

rada princípio constitucional sensível, nos termos do Artigo 37, inciso VII, do Texto Constitucional, de forma que o seu descumprimento pode ensejar a sanção mais grave em termos de manutenção do pacto federativo: a intervenção federal (MARQUES JÚNIOR, 2022, p. 22).

A segunda característica é a de repartição de competências, com a criação de competências comuns (Artigo 23 da Constituição de 1988), de atuação material conjunta, e de competências legislativas concorrentes (Artigo 24). Embora os Municípios não possuam de maneira expressa a última espécie, o Artigo 30 da Constituição Federal lhe permite legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber, circunstância que torna existente a competência concorrente desses entes menores.

Essa dúplici característica, no entanto, com destaque especial para a repartição de competências e com ênfase no âmbito tributário e financeiro, terminou por criar uma espécie de hibridismo institucional de caráter fiscal (GADELHA, 2017, p. 10). Por um lado, há uma excessiva centralização reguladora e arrecadatória exercida pela União; por outro, uma descentralização político-administrativa excessiva.

É nessa esfera em particular que o federalismo cooperativo e suas implicações serão analisados neste artigo. Isso porque não se pode cogitar a autonomia político-administrativa sem a necessária verificação da relação financeira entre os entes federados, isto é, sem o equilíbrio e a ponderação do federalismo fiscal. Nas palavras de André Mendes Moreira (2018, p. 25):

De fato, é impossível falar-se em autonomia política, legislativa, administrativa ou judiciária – que, juntas, asseguram a existência autônoma dos entes federados – sem recursos financeiros para tanto, o que levou os teóricos (tanto do direito como da economia) ao estudo do intitulado “Federalismo Fiscal”, cujo objeto são as relações financeiras entre os entes de uma federação.

No contexto brasileiro, por mais que a Constituição Federal de 1988 tenha atribuído autonomia político-legislativa aos Municípios, também agravou os desequilíbrios verticais e horizontais na distribuição dos recursos fiscais (REZENDE, 1995, p. 297-298), uma vez que concentrou a arrecadação na mão de entes maiores e não foi capaz de

criar mecanismos práticos e seguros para evitar guerras fiscais entre Estados e entre Municípios.

Soma-se a isso o fato de que há um descompasso entre receitas e responsabilidades, uma vez que a descentralização de arrecadação não foi acompanhada de uma concomitante descentralização das responsabilidades públicas (*Ibid*, 1995, p. 297-298). Isso significa que os entes federados - especialmente os Estados - passaram a ter mais atribuições sem que fossem contemplados com mais receitas em um patamar proporcional (AFONSO, 2016, p. 5).

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), principal imposto estadual, é o exemplo mais característico dessa incoerência sistêmica (REZENDE, 1995, p. 308). Pensado para poder viabilizar o desenvolvimento dos Estados, a sua configuração também terminou por incentivar uma intensa guerra fiscal entre estes entes, mesmo com a presença e atuação constantes do Conselho Nacional de Política Fazendária.

Além disso, com o desenvolvimento da cultura e da maior ênfase na economia da prestação de serviços (AFONSO, 2016, p. 17), a tendência é a de que esse imposto se torne cada vez mais obsoleto em alguns de seus aspectos principais.

Por essas e outras razões, há muito se falava sobre a necessidade de uma verdadeira reforma tributária, que não somente alterasse as bases de incidência e a multiplicidade de contornos e conceitos da legislação tributária e financeira, mas também - e principalmente - tornasse o arcabouço fiscal e tudo o que está a ele relacionado mais simples e passível de compreensão. Em outras palavras: a alteração do sistema e a simplificação de seu funcionamento foram considerados os primeiros passos para a mudança desses paradigmas. Conforme escreveu Fernando Rezende 1995, p. 307-308):

Se à época da Constituinte de 1988 a bandeira da descentralização predominou nos debates da reforma fiscal, o estandarte que ganha maior destaque, agora, é o da simplificação. A prolixidade da legislação tributária e a multiplicidade de bases de incidência, somadas à tentativa do Governo de resolver suas dificuldades de caixa mediante aumento de alíquotas dos impostos existentes,

contribuíram para gerar uma inédita revolta dos contribuintes brasileiros contra os excessos do fisco, ampliando as demandas da sociedade por uma profunda simplificação do sistema tributário brasileiro.

[...] A simplificação requer uma redução do número de tributos a ser obtida através da unificação das bases de incidência. Com um número menor de tributos fica mais difícil acomodar os interesses em jogo, tendo em vista a tradição brasileira de atribuir aos estados a competência para instituir um imposto geral sobre a venda de mercadorias e serviços que constitui a fonte mais importante da receita governamental.

É sob esse contexto e na tentativa de solucionar tais problemas que o Congresso Nacional editou a Emenda Constitucional nº 132, a qual tem por fim possibilitar a alteração e melhoria do Sistema Tributário Nacional e, com isso, estabelecer diretrizes de cunho fiscal que melhor aproximem o Brasil do pensado e abordado modelo de federalismo fiscal cooperativo.

2. A REFORMA TRIBUTÁRIA (EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 132 DE 2023) COMO VETOR DA COOPERAÇÃO INSTITUCIONALIZADA

A reforma tributária, inserida no ordenamento jurídico por meio da Emenda Constitucional nº 132 de 2023⁴ surge no contexto de necessidade de reformulação da tributação sobre o consumo no Brasil. Embora tenha havido modificações em outros tributos, o foco principal da reforma se concentra na modificação e simplificação das regras referentes à tributação sobre o consumo.

Antes da reforma tributária, havia cinco tributos que incidiam sobre o consumo: IPI, ICMS, ISSQN, PIS e COFINS. O PIS, a COFINS e o IPI, são tributos federais, enquanto o ICMS é um imposto estadual e o ISSQN é um imposto de competência dos municípios.

4 BRASIL. Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc132.htm>. Acesso em: 8 out. 2025

As principais motivações para a reformulação da tributação sobre o consumo no Brasil foram: a existência de uma legislação absolutamente complexa e fragmentada sobre cada um dos referidos tributos; a diversidade de contextos de incidência desses tributos; o critério escolhido pelo legislador para cobrança desses tributos nas transações interestaduais; as limitações e complexidades envolvendo a não cumulatividade desses tributos.

Nesse sentido, Passos, Guedes e Silveira (2018) preconizam que o recente modelo introduzido pela reforma tributária tem potencial para solucionar os problemas envolvendo a questão da cumulatividade dos tributos sobre o consumo, bem como de tornar mais simples a forma de incidência sobre bens e serviços. Além disso, propõem, como mudança na tributação sobre o consumo, a redistribuição de competências mediante a especialização das bases de incidência e a suavização das chamadas “*guerras fiscais*”, em razão da instituição da regra sobre a tributação no destino.

Neste artigo, trataremos da reforma tributária como uma solução para os três primeiros problemas mencionados no terceiro parágrafo desse tópico, com o objetivo de explicar de que forma os recursos encontrados pela reforma enfrentam os impasses existentes entre os entes federados.

2.1 A Arquitetura do Novo Sistema: A unificação de tributos no Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) como solução para a competição fiscal e o princípio do destino como pilar da pacificação federativa

Dentre as principais modificações implementadas pela reforma tributária, destaca-se a implantação do IVA (Imposto sobre Valor Agregado), o qual busca, dentre outras coisas, a simplificação da cobrança de impostos sobre o consumo.

O IVA introduzido no Brasil tem a característica de ser dual, isto é, é composto por dois tributos, a CBS (Contribuição sobre Bens e Serviços) – tributo federal, que substituirá PIS e COFINS – e o IBS (Imposto sobre Bens e Serviços) – tributo estadual e municipal, que substituirá ICMS e ISSQN.

Nessa lógica, Harzheim (2024, p.5) afirma que as características mais relevantes da CBS e do IBS, em observância das recomenda-

ções da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e do Banco Mundial, são:

[...] base ampla de incidência; tributação no destino; não cumulatividade plena; legislação uniforme; cobrança por fora; rápida devolução dos créditos acumulados; desoneração dos investimentos; desoneração das exportações; e incidência sobre importações.

Nesse contexto, o IBS está previsto no Artigo 156-A da Constituição Federal, dispositivo incluído no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 132, de 2023. Segundo esse artigo, “Lei complementar instituirá imposto sobre bens e serviços de competência compartilhada entre Estados, Distrito Federal e Municípios” (BRASIL, 2023).

Diante disso, o legislador infraconstitucional, em 16 de janeiro de 2025, publicou a Lei Complementar nº 214⁵, a qual instituiu o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), a Contribuição Social sobre Bens e Serviços (CBS) e o Imposto Seletivo (IS); criou o Comitê Gestor do IBS e alterou a legislação tributária.

Como já dito, o IBS surgiu para substituir o ICMS e o ISSQN, ou seja, ao invés de existir um imposto estadual sobre a circulação de mercadorias e outro imposto municipal sobre prestação de serviços, criou-se um imposto único incidente nessas duas circunstâncias.

Essa inovação serviu para tentar resolver um problema comum entre estados e municípios: a competição fiscal sobre o que seria considerado prestação de serviço e o que seria enquadrado como mercadoria.

Em que pese a lista anexa da Lei Complementar nº 116, de 2003⁶, elencar os fatos geradores do ISSQN, não raro surgiam situações em que tanto os estados como os municípios pleiteavam a incidência do seu

5 BRASIL. Lei Complementar nº 214, de 27 de dezembro de 2025. Institui o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS) e o Imposto Seletivo (IS); altera a legislação do Imposto sobre a Renda; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2025. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp214.htm>. Acesso em 08 out. 2025.

6 BRASIL. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp116.htm>. Acesso em: 08 out. 2025.

respectivo imposto. Cita-se como exemplo, a controvérsia envolvendo a prestação de serviço, de composição gráfica, personalizada e sob encomenda. O Superior Tribunal de Justiça, na súmula nº 156⁷ fixou o entendimento que, nesse caso, incidirá apenas ISSQN, ainda que haja fornecimento de mercadorias.

Ressalta-se também o julgado constante no Informativo nº 994 do STF⁸ que esclareceu que incide ISSQN sobre as operações de venda de medicamentos preparados por farmácias de manipulação sob encomenda, mas sobre as operações de venda de medicamentos por elas ofertados aos consumidores em prateleira, incide ICMS.

Com a unificação do ISSQN e do ICMS na figura do IBS, quaisquer controvérsias envolvendo a natureza jurídica do fato gerador perdem a razão de ser, notadamente porque o IBS incidirá tanto sobre operações onerosas com bens, como nas operações envolvendo serviços, nos termos do Art. 4º da Lei Complementar nº 214, de 2025. Como resultado, espera-se o fim, ou a mitigação, das tensões jurídicas entre os entes subnacionais envolvendo essa temática.

Noutro giro, a reforma tributária também surge como uma solução ao problema das “guerras fiscais” envolvendo entes subnacionais de mesmo grau. No novo sistema aplica-se o princípio do destino, o qual estabelece que a arrecadação do IBS e da CBS deve ocorrer na localidade de destino. Essa abordagem se opõe à tributação na origem, que era o padrão para o ICMS e o ISSQN.

Segundo Harzheim, 2024, a implementação do princípio do destino no sistema tributário nacional resultará em uma mudança significativa no fluxo da arrecadação. O montante tributário, antes acumulado nos entes de origem da produção, será realocado para onde os consumidores finais estiverem, promovendo, assim, uma melhor distribuição de recursos.

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 156. Brasília, 2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_11_capSumula156.pdf>. Acesso em: 09 out. 2025.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 994. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo994.htm>>. Acesso em: 08 out. 2025.

Nesse passo, a transição para um sistema de tributação de bens e serviços fundamentado no princípio do destino implica que a arrecadação será realocada da origem para o local de consumo. Consequentemente, haverá uma considerável diminuição da concentração de receitas nos locais que abrigam grandes conglomerados empresariais. Tal medida tem como objetivo principal fomentar o desenvolvimento de estados e municípios menos favorecidos, por meio da redistribuição de recursos e da mitigação das desigualdades regionais.

No caso do ICMS, o modelo instituído pelo texto originário da Constituição Federal de 1988 para operações interestaduais preconizava que a regra era que os locais de origem concentrassem a maior parte das receitas arrecadadas. Vejamos:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir: [...]

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

VIII - na hipótese da alínea a do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual (BRASIL, 1988).

Esse modelo era alvo de muitas críticas, notadamente pelo fato de causar desigualdades regionais pelo fato de privilegiar os centros de produção e de distribuição de produtos industrializados. Nesse sentido, as outras regiões do país, as quais concentravam a maior parcela dos consumidores, sofriam um prejuízo notável na arrecadação do ICMS nessas transações interestaduais.

Diante disso, como forma de alterar esse cenário, a Emenda Constitucional nº 87 de 2015 promoveu alterações significativas no texto constitucional para modificar a forma do ICMS nas operações interestaduais, de modo a beneficiar os estados consumidores e promover uma melhor distribuição de renda entre os estados. Senão vejamos:

Art. 155:

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

- a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;
- b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto; (BRASIL, 2015)

No entanto, apesar de surgir como uma forma de solucionar os conflitos fiscais entre os estados, as modificações promovidas pela Emenda Constitucional nº 87 de 2015 mostraram-se insuficientes para coibir as táticas fiscais de concentração de renda nos grandes polos produtivos.

Para mais, a reforma trouxe uma transformação ainda mais estrutural na forma de cobrança do ICMS nessas operações interestaduais ao instituir o modelo da cobrança no destino. Nesse cenário, o propósito é assegurar que o tributo incidente sobre o consumo seja, em sua maior parte, destinado à localidade onde o consumidor efetivamente manifesta sua capacidade contributiva.

Na sistemática tributária vigente, grande parte da tributação do ICMS é concentrada na origem, ou seja, no estado produtor. Com o intuito de atrair investimentos, o estado de origem concede benefícios fiscais sobre o ICMS, mas transfere ao estado de destino o crédito de um tributo que não foi efetivamente recolhido nesses locais. Essa prática, disseminada entre os estados, resultou na chamada "guerra fiscal" entre esses entes, uma competição predatória que leva a perdas arrecadatórias generalizadas.

A Reforma Tributária propõe solucionar essa questão ao determinar que a CBS e o IBS pertencerão integralmente ao destino, onde o bem ou serviço é consumido, extinguindo assim o incentivo ao conflito fiscal.

2.2 O Comitê Gestor do IBS: Análise de como a sua estrutura favorece a cooperação fiscal entre os entes subnacionais e o papel do Comitê como arena obrigatória de cooperação entre Estados e Municípios

O Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços (CG-IBS), de acordo com o Art. 450 da LC 214, de 2025, é uma entidade pública com caráter técnico e operacional sob regime especial, com sede e foro no Distrito Federal, e dotado de independência técnica, administrativa, orçamentária e financeira. Ressalta-se que esse Comitê possui previsão constitucional no Artigo 156-B⁹, o qual, dentre outras coisas, confere independência técnica, administrativa, orçamentária e financeira ao CG-IBS¹⁰.

A instituição do Comitê Gestor ocorreu em caráter provisório, conforme estabelecido pela Lei Complementar nº 214/2025. No entanto, a sua regulamentação definitiva ocorrerá por meio de Lei Complementar específica, cujo projeto retornou para a Câmara dos Deputados, após a sua aprovação, com alterações, no Senado Federal, ocorrida no dia 30 de setembro de 2025¹¹.

O Comitê Gestor do IBS será formado por um Conselho Superior composto por cinquenta e quatro membros, sendo vinte e sete representantes dos estados e do Distrito Federal, indicados diretamente pelos secretários estaduais de Fazenda; e vinte e sete representantes dos municípios, que deveriam ser eleitos até abril por meio de entidades

9 Art. 156-B. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão de forma integrada, exclusivamente por meio do Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços, nos termos e limites estabelecidos nesta Constituição e em lei complementar, as seguintes competências administrativas relativas ao imposto de que trata o art. 156-A: [...]

10 Art. 156-B [...] § 1º O Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços, entidade pública sob regime especial, terá independência técnica, administrativa, orçamentária e financeira.

11 MINISTÉRIO DA FAZENDA. Projeto de lei que cria o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços é aprovado no plenário do Senado. 2025. Disponível em: <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2025/outubro/projeto-de-lei-que-cria-o-comite-gestor-do-imposto-sobre-bens-e-servicos-e-aprovado-no-plenario-do-senado>>. Acesso em: 5 out. 2025.

representativas municipais — como a Confederação Nacional dos Municípios (CNM) e a Frente Nacional de Prefeitos (FNP).

Ressalta-se que o CG-IBS é desprovido de autonomia absoluta e de competência legislativa. Suas atribuições são de natureza puramente instrumental, técnica e operacional, não lhe sendo permitido alterar alíquotas, instituir tributos ou intervir no pacto federativo. Seu propósito é assegurar a eficiência administrativa e a neutralidade do processo arrecadatário do IBS.

Nesse sentido, Holanda Leal de Freitas (2025) estabelece que embora as atividades administrativas continuem sob a tutela de cada ente federativo, realizadas por suas administrações tributárias e procuradorias, as competências para uniformizar entendimentos, arrecadar e decidir o contencioso administrativo serão exercidas de modo exclusivo e integrado por meio do Comitê Gestor.

Com base na necessidade de integração e equilíbrio federativo, o Comitê Gestor do IBS promove a cooperação fiscal ao centralizar a administração de um tributo que unifica o ICMS e o ISSQN, evitando o caos operacional de múltiplas gestões. Outrossim, o CG-IBS estabelece segurança jurídica ao uniformizar a interpretação das normas, impedindo que milhares de municípios e estados adotem critérios próprios. Através de sua estrutura colegiada e paritária, o comitê garante que nenhum ente concentre poder excessivo, respeitando o pacto federativo e assegurando uma arrecadação compartilhada e harmoniosa entre os entes subnacionais.

Entretanto, não são poucas as críticas em relação ao modelo instituído pela Emenda Constitucional nº 132/2023 em relação ao IBS. Oliveira, Rodrigues e Iglesias (2020) consideram que se trata da criação de um tributo de natureza predominantemente federal. Isso porque, dentre outras coisas, a Lei Complementar de instituição do CG-IBS deve ser apreciada pelo Congresso Nacional e, posteriormente, submetida à sanção presidencial. Em outras palavras, todo o ciclo de elaboração e validação do projeto ocorre no âmbito federal.

No entanto, não obstante as críticas existentes, não existem dúvidas de que o IBS e o seu respectivo comitê gestor surgiram como uma forma de promoção da equalização fiscal no Brasil. Nesse sentido:

O sistema de gestão do IBS visa expandir a equalização fiscal no Brasil, unindo o ICMS e o ISS, centralizando a arrecadação e descentralizando a distribuição dos recursos arrecadados, seguindo critérios legais definidos e administrados por um Conselho Intergovernamental responsável pela partilha. O Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) fica responsável “arrecadar o imposto, efetuar as compensações e distribuir o produto da arrecadação entre Estados, Distrito Federal e Municípios” (Artigo 156-A, caput, II, da Constituição), residindo nessa função distributiva os objetivos de equalização fiscal (MASCA-RENHAS, 2025, p.21).

Diante disso, a criação do Comitê Gestor do IBS emerge como significativa tentativa de modernização fiscal do país. Sua estrutura visa substituir a complexidade e as guerras fiscais por um sistema de cooperação e previsibilidade. Além disso, a centralização da arrecadação e a distribuição isonômica dos recursos são os mecanismos para alcançar a almejada equalização fiscal. O sucesso deste arranjo dependerá, contudo, de sua capacidade de harmonizar a gestão unificada com a autonomia e o equilíbrio do pacto federativo brasileiro.

3. O CONSELHO NACIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA FISCAL (CONAP) COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA REFORMA TRIBUTÁRIA DO CONSUMO

A reformulação do sistema tributário nacional promovido pela Emenda Constitucional n.º 132, de 2023, trouxe consigo a necessidade de implementação de novos arranjos institucionais que viabilizem a cooperação entre os entes federativos. Nesse cenário, as advocacias públicas possuem um papel fundamental para promover a atuação coordenada e colaborativa dos entes federados.

É nesse contexto que, em agosto de 2025, foi criado o Conselho Nacional da Advocacia Pública Fiscal (CONAP). Conforme o Art. 1º do seu estatuto social, trata-se de associação civil de direito privado, sem fins econômicos, composta pelos titulares da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal e das Procuradorias-Gerais dos Municípios¹².

12 Art. 1º O CONSELHO NACIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA FISCAL, doravante

Dentre os seus objetivos, conforme o Art. 3º do estatuto social, destacam-se a promoção da integração da Advocacia Pública Fiscal; a promoção da uniformização, harmonização e publicidade dos entendimentos em matéria fiscal e tributária; uniformização dos procedimentos administrativos de gestão e cobrança da dívida ativa; estimular a conformidade fiscal; incentivar a utilização de métodos consensuais na resolução de conflitos e induzir a redução da litigiosidade¹³. Veja-se que todos os objetivos citados podem ser resumidos em apenas um: o fortalecimento do federalismo fiscal cooperativo.

Embora o CONAP tenha natureza jurídica de associação civil, sujeita às normas do Código Civil, sua atuação é materialmente orientada pela persecução do interesse público primário. Devido a essa vocação publicística, o Art. 4º do estatuto social prevê a imperativa observância dos princípios administrativos insculpidos no Art. 37 da Constituição Federal no desenvolvimento de suas atividades¹⁴. Dessa forma, a promoção da conformidade fiscal deve alinhar-se à legalidade, à impessoalidade e à moralidade. Do mesmo modo, a uniformização dos procedimentos de gestão da dívida ativa e a consolidação de entendimentos em matéria fiscal e tributária devem ser pautadas pela publicidade, economicidade e eficiência.

O estatuto social estabelece, no seu Art. 5º, que são princípios e diretrizes do Conselho, dentre outros, a atuação integrada e cooperativa; o desenvolvimento de estratégias, atividades e políticas públicas que atendam aos interesses da República Federativa do Brasil e do seu Povo; a simplificação e padronização de procedimentos para pessoas inscritas em dívida ativa e o incentivo da produção científica e reali-

denominado "CONAP", é uma associação civil de direito privado, regida pelo Código Civil, pela legislação aplicável e por este Estatuto, sem fins econômicos, de duração indeterminada, com sede e foro jurídico na cidade de Brasília, Distrito Federal, Esplanada dos Ministérios, Bloco P, 8º Andar, Sala 808, CEP: 70048-900, Brasil.

13 Art. 3º O CONAP tem os seguintes objetivos: I - promover a maior integração da Advocacia Pública Fiscal; II - promover a uniformização, a harmonização e a publicidade dos entendimentos em matéria fiscal e tributária; III - uniformizar os procedimentos administrativos relacionados à gestão e à cobrança da dívida ativa; IV - estimular a conformidade fiscal; V - incentivar a utilização de métodos consensuais na resolução de conflitos; e VI - induzir a redução da litigiosidade.

14 Art. 4º No desenvolvimento de suas atividades, o CONAP observará os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, e não fará qualquer discriminação de raça, cor, gênero, religião, orientação sexual e condição social ou política.

zação de estudos e diagnósticos relacionados à fiscalidade, de forma a aprimorar as práticas e políticas fiscais¹⁵. Nota-se que a atuação do CONAP é voltada ao benefício de toda a sociedade e deve atender, apenas em segundo plano, aos interesses arrecadatários dos entes associados.

Para assegurar, em certa medida, a paridade entre os associados, a Diretoria Executiva, órgão de gestão e representação do CONAP, é composto por Presidente, 1º Vice-Presidente e 2º Vice-Presidente, sendo cada cargo necessariamente ocupado, sucessiva e alternadamente, pela PGFN, por associado vinculado às PGEs ou PGDF e por associado vinculado às PGMs, com mandato de 2 anos (Art. 26, §§1º a 3º, do estatuto social)¹⁶. Excetuando a representação da PGFN, os demais membros da Diretoria são eleitos pelo voto da maioria simples dos respectivos associados.

As deliberações da Diretoria Executiva, bem como as da Assembleia Geral, são tomadas por unanimidade (Art. 25, § 1º, do estatuto social)¹⁷, tendo sido adotado o sistema de votação por blocos, no qual o voto de cada bloco - compreendendo o bloco da PGFN, das PGEs e

15 Art. 5º São diretrizes e princípios do CONAP: I - atuar de forma integrada e cooperativa, a partir da construção dialógica de soluções, inclusive com os demais órgãos responsáveis pelo lançamento dos créditos passíveis de inscrição em dívida ativa; II - estimular o desenvolvimento de estratégias, atividades e políticas públicas que atendam aos interesses da República Federativa do Brasil e do seu Povo, promovendo o bem-estar social e econômico; III - fomentar a universalização da prestação de serviços por meios digitais, proporcionando acesso fácil e inclusivo para todos os usuários; IV - incentivar a simplificação e padronização dos procedimentos para as pessoas inscritas em dívida ativa e seus representantes, promovendo maior clareza e eficiência no cumprimento das obrigações fiscais; V - promover o estímulo à conformidade fiscal, por meio do incentivo à utilização de métodos consensuais na resolução de conflitos e da transparência ativa dos entendimentos nas matérias fiscal e tributária, com vistas à redução da litigiosidade; VI - fortalecer a participação social no controle da dívida ativa por meio de políticas de transparência, estimulando a cidadania fiscal e a consciência coletiva sobre seu papel; VII - defender as prerrogativas e funções institucionais da Advocacia Pública Fiscal, assegurando sua tecnicidade e contribuição para o sistema jurídico; VIII - ampliar o diálogo com a sociedade e as entidades de classe de advogados, promovendo colaboração e entendimentos mútuos; e IX - incentivar a produção científica e a realização de estudos e diagnósticos relacionados à fiscalidade, para aprimorar e fundamentar as práticas e políticas fiscais.

16 Art. 26. Os membros da Diretoria Executiva serão eleitos para um mandato de 2 (dois) anos. § 1º A Presidência da Assembleia Geral será a Presidência da Diretoria. § 2º A Secretaria-Executiva será escolhida pela Presidência.

§ 3º Os cargos previstos neste artigo serão ocupados, sucessiva e alternadamente, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por associado vinculado aos Órgãos da Advocacia Pública Estadual e do Distrito Federal e por associado vinculado aos órgãos da Advocacia Pública Municipal, eleitos na forma do art. 20.

17 Art. 25. [...] § 1º As deliberações da Diretoria Executiva serão tomadas por unanimidade.

PGDF e das PGMs - é unitário e representa a vontade da maioria simples dos respectivos membros presentes na Assembleia (Art. 22 do estatuto social)¹⁸. Esse modelo, ao invés do voto *per capita*, mitiga a disparidade numérica entre as representações e garante maior equidade e isonomia nas votações, valorizando o peso institucional de cada esfera federativa em detrimento da superioridade numérica de seus representantes.

Contudo, a exigência de unanimidade em todas as votações representa um desafio de governança para o Conselho. A obtenção de consenso nas deliberações pressupõe uma maturidade institucional e um alinhamento de interesses que ainda não se verificam no cenário brasileiro. Isso porque, conforme preceitua o Art. 23 da Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023, a nova sistemática de tributação do consumo passará por um período de transição a partir de 2027 que se encerrará em 2033, quando haverá a vigência integral das novas normas tributárias¹⁹. Enquanto isso, permanece aplicável o modelo anterior de tributação, marcado por guerras fiscais que historicamente colocaram os entes federativos em lados opostos de interesse.

A transição para o novo paradigma cooperativo é um processo complexo e gradual, marcado por uma profunda desconstrução de paradigmas postos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Até que isso ocorra, as tomadas de decisão do CONAP podem sofrer ingerência de interesses arrecadatários dos membros Associados. A solução para esse desafio, ao que tudo indica, é determinante para o sucesso desse novo modelo de federalismo cooperativo.

A criação do Conselho contou com a adesão inicial da União, por meio da PGFN, e de 27 estados e o Distrito Federal, além de 18 municípios, por meio de suas advocacias públicas, os quais foram denominados de Associados Fundadores. Além desses membros, o estatuto social prevê a possibilidade de admissão de Associados Efetivos, o que

18 Art. 22. Nas deliberações da Assembleia Geral, a votação será realizada por blocos, compreendendo: I - o bloco da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; II - o bloco das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal; III - o bloco das Procuradorias-Gerais dos Municípios. Parágrafo único. O voto de cada bloco será unitário e representará a vontade da maioria simples dos seus respectivos membros presentes na Assembleia.

19 Art. 23. Esta Emenda Constitucional entra em vigor: I - em 2027, em relação aos arts. 3º e 11; II - em 2033, em relação aos Arts. 4º e 5º; e III - na data de sua publicação, em relação aos demais dispositivos.

depende de manifestação por escrito de interesse do titular da respectiva advocacia pública e de aprovação da Diretoria Executiva.

A liberdade de associação consagrada no Art. 5º, XX, da Constituição Federal²⁰, em sua concepção negativa, preconiza que ninguém pode ser compelido a se associar ou permanecer associado. Assim, não se pode falar em adesão automática dos mais de cinco mil municípios brasileiros. É necessária manifestação formal e, ainda, aprovação do Conselho (Art. 8º do estatuto social)²¹.

Nesse ponto, surge um problema que o CONAP inevitavelmente será chamado a se debruçar, qual seja, até que ponto a uniformização dos entendimentos em matéria fiscal e tributária pode vincular os entes federados não associados, que hoje representam a maior parte dos municípios brasileiros.

Outro desafio do modelo proposto é que essa uniformização de entendimentos depende, em determinados casos, do acolhimento das teses fazendárias pelos tribunais pátrios, o que certamente exigirá uma atuação estratégica e uniformizada dos seus Associados na defesa desses entendimentos no Poder Judiciário.

Por fim, é imperioso destacar que o Conselho Nacional da Advocacia Pública Fiscal não se confunde com o Fórum de Harmonização Jurídica das Procuradorias, previsto na Lei Complementar nº 214/2025. Enquanto o CONAP possui natureza de associação civil de direito privado, caracterizada pela adesão voluntária e pela reunião ampla dos titulares das advocacias públicas de todas as esferas, o Fórum configura-se como um órgão colegiado de natureza legal e composição restrita e paritária (Art. 319, II, da LC 214/2025²²). Diferentemente da pleni-

20 Art. 5º. [...] XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

21 Art. 8º São requisitos para admissão de Associados Efetivos: I - ocupar um dos cargos mencionados no art. 2º deste Estatuto; II - manifestar por escrito interesse em participar do CONAP; e III - ser aprovado pela Diretoria Executiva. Parágrafo único. Da decisão da Diretoria que não aprovar a admissão caberá recurso à Assembleia Geral, a ser interposto no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência do interessado.

22 Art. 319. A harmonização do IBS e da CBS será garantida pelas instâncias a seguir especificadas: [...] II - Fórum de Harmonização Jurídica das Procuradorias composto de: a) 4 (quatro) representantes da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, indicados pela União; e b) 4 (quatro) representantes das Procuradorias, indicados pelo Comitê Gestor do IBS, sendo 2 (dois) Procuradores de Estado ou do Distrito Federal e 2 (dois) Procuradores de Município ou do Distrito Federal.

tude de membros do Conselho, o Fórum é integrado por apenas oito representantes - sendo quatro da PGFN e quatro indicados pelo Comitê Gestor do IBS -, com a função específica de atuar como órgão consultivo e analisar controvérsias jurídicas no âmbito da harmonização do IBS e da CBS (Art. 322, I e II, da LC 214/2025²³).

Ademais, as distinções se aprofundam na eficácia de suas deliberações e na abrangência material de suas competências. As resoluções emanadas pelo Fórum de Harmonização Jurídica das Procuradorias, uma vez publicadas, possuem força vinculante automática para a PGFN e para todas as Procuradorias de Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, independentemente de filiação, por força expressa de lei (Art. 322, § 2º, da LC 214/2025²⁴). Já o CONAP, embora enfrente o desafio da voluntariedade associativa para a aplicação de seus entendimentos, possui um escopo de atuação institucional mais vasto, não se limitando à interpretação do IBS e da CBS, mas abarcando a gestão estratégica da dívida ativa, a integração de procedimentos administrativos e o fomento à conformidade fiscal em sentido amplo.

É cediço que a Emenda Constitucional n.º 132, de 2023, criou mecanismos que impõem a gestão compartilhada e harmonizada de tributos entre estados e municípios, promovendo um sistema tributário nacional baseado na colaboração interfederativa. Nesse quadro, em que pese as dificuldades e os desafios apresentados, que certamente se revelarão na prática, o Conselho Nacional de Advocacia Pública Fiscal assume relevante papel na aproximação das fazendas públicas federal, estaduais, distrital e municipais, de modo a trazer harmonia e segurança jurídica na aplicação das normas tributárias. Trata-se, portanto, de um importante instrumento na operacionalização da reforma tributária do consumo.

23 Art. 322. Compete ao Fórum de Harmonização Jurídica das Procuradorias: I - atuar como órgão consultivo do Comitê de Harmonização das Administrações Tributárias nas atividades de uniformização e interpretação das normas comuns relativas ao IBS e à CBS; e II - analisar relevantes e disseminadas controvérsias jurídicas relativas ao IBS e à CBS suscitadas nos termos do § 1º.

24 Art. 322. Compete ao Fórum de Harmonização Jurídica das Procuradorias: [...] § 2º As resoluções aprovadas pelo Fórum de Harmonização Jurídica das Procuradorias, a partir de sua publicação no Diário Oficial da União, vincularão a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e as Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

CONCLUSÃO

A evolução histórica do federalismo brasileiro, desde a sua concepção inicial até a promulgação da Constituição de 1988, foi marcada por um profundo descompasso entre a descentralização de responsabilidades para os entes menores e a concentração de receitas no Ente Maior, o que culminou em um cenário de guerras fiscais e litigiosidade entre os entes federados.

Conforme a análise precedente, em que pese a Constituição Federal de 1988 tenha avançado ao conceber um modelo de federalismo cooperativo e ao elevar os Municípios à condição de entes autônomos, não foi capaz de promover a efetivação dessa cooperação no campo tributário.

Nesse contexto, a Emenda Constitucional n.º 132, de 2023, constitui um marco fundamental, não apenas por objetivar a simplificação do sistema tributário sobre o consumo, mas, principalmente, por reestruturar as relações interfederativas a partir de novas bases institucionais. Conforme destacado, a criação do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), unificando o ICMS e o ISSQN, representa um importante passo para reduzir os conflitos de competência que há muito prejudicavam as relações entre Estados e Municípios. Além disso, a adoção do princípio do destino como pilar da arrecadação remanejou a receita tributária para o local de consumo, mitigando as desigualdades regionais e a competição fiscal predatória.

A arquitetura institucional desenhada pela reforma, materializada no Comitê Gestor do IBS, estabelece uma arena obrigatória de cooperação, centralizando a administração do novo imposto de forma a garantir a uniformidade na interpretação e aplicação das normas. Com efeito, a estrutura paritária desse Comitê contribui para equilibrar os interesses dos Estados e Municípios, assegurando que a gestão compartilhada do tributo respeite o pacto federativo.

Posteriormente, a criação do Conselho Nacional da Advocacia Pública Fiscal (CONAP), em agosto de 2025, representou um importante passo para a efetivação da reforma tributária do consumo. Ao reunir as advocacias públicas das três esferas da federação, o CONAP constitui um vetor de harmonização e uniformização de entendimentos,

de redução de litigiosidade e promoção do diálogo entre os entes federados, fortalecendo, assim, o ideal de federalismo fiscal cooperativo.

Entretanto, a consolidação desse novo modelo de federalismo fiscal cooperativo possivelmente enfrentará diversos desafios, cujas soluções demandam uma profunda desconstrução de paradigmas desenhados desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Conforme exposto, o sistema de tomada de decisões por unanimidade do Conselho Nacional das Advocacias Públicas Fiscais depende de um alinhamento de interesses dos membros associados, o que demanda um complexo e gradual processo de amadurecimento institucional.

Pelo exposto, conclui-se que a Reforma Tributária promovida por meio da Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023, estabeleceu novos arranjos institucionais com o objetivo de simplificar a tributação sobre o consumo e acabar com as guerras fiscais até então verificadas. Nesse sentido, ao redesenhar a tributação sobre o consumo e criar mecanismos de governança compartilhada, como o Comitê Gestor do IBS, deu-se um importante passo rumo ao federalismo fiscal cooperativo que foi idealizado pelo constituinte originário. Para tornar efetivas as normas tributárias oriundas da EC n.º 132/2023, foi criado o Conselho Nacional da Advocacia Pública Fiscal (CONAP), reunindo as advocacias públicas das três esferas federativas para promover o diálogo, a harmonização de entendimentos, a segurança jurídica e a cooperação institucional, sendo, portanto, uma ferramenta indispensável para o sucesso da reforma tributária do consumo.

REFERÊNCIAS

AFONSO, José Roberto R. *Federalismo Fiscal Brasileiro: uma visão atualizada*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2016.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; TÔRRES, Heleno Taveira (org.). *Reformas ou deformas tributárias e financeiras: por que, para que, para quem e como?* Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Coleção de Direito Tributário & Financeiro, 2020, p. 491-505, p. 495.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 out. 2025.

_____. Emenda Constitucional nº 87, de 16 de abril de 2015. Altera o § 2º do Art. 155 da Constituição Federal e inclui o Art. 99 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para tratar da sistemática de cobrança do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação incidente sobre as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado. Diário Oficial da União, Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc87.htm>. Acesso em: 8 out. 2025.

_____. Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc132.htm. Acesso em: 8 out. 2025.

_____. Legislação Informatizada - CONSTITUIÇÃO DE 1988 - Publicação Original, Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 08 out. 2025.

_____. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Diário

Oficial da União, Brasília, 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp116.htm>. Acesso em: 08 out. 2025.

_____. Lei Complementar nº 214, de 27 de dezembro de 2025. Institui o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS) e o Imposto Seletivo (IS); altera a legislação do Imposto sobre a Renda; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2025. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp214.htm>. Acesso em 08 out. 2025.

CONAP. Estatuto Social do Conselho Nacional da Advocacia Pública Fiscal. Brasília, DF, 27 de agosto de 2025. Conselho Nacional da Advocacia Pública Fiscal. Registrado no 2º Ofício de Notas, Registro Civil, Títulos e Documentos, Protesto de Títulos e Pessoas Jurídicas de Sobradinho - DF, sob o nº 5662. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1Z4FHxT0Q3BYeF6Im3CgFQfSrtGhg3ep5/view>. Acesso em: 24 de nov. 2025.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O Estado Federal. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019.

DE FREITAS, Kellson Holanda Leal. O IBS, o Comitê Gestor e seus Reflexos junto ao Pacto Federativo: Tomando Consciência do Debate. Revista Direito Tributário Atual, [S. l.], n. 59, p. 307–329, 2025. DOI: 10.46801/2595-6280.59.14.2025.2632. Disponível em: <<https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/2632/2499>>. Acesso em: 8 out. 2025.

GADELHA, Sergio Ricardo de Brito. Introdução ao Federalismo e ao Federalismo Fiscal no Brasil. Módulo 3: O caso brasileiro. Brasília: Enap, 2017.

HARZHEIM, Amanda Vieira. Reforma tributária no Brasil: simplificação e modernização do sistema com a Emenda Constitucional nº 132/2023, Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 161, 2024, p. 11-26. Disponível em: <https://rtrib.abdt.org.br/index.php/rftp/article/view/768/391>. Acesso em: 9 de out. 2025.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. O federalismo cooperativo no constitucionalismo brasileiro pós-1988. Revista da Faculdade de Direito, Fortaleza, v. 43, n. 1, p. 11-37, jan./jun. 2022. Disponível em:

<<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/viewFile/1298/535>>. Acesso em: 8 out. 2025.

MASCARENHAS, C. G. Comitê Gestor do IBS e seu papel no equilíbrio fiscal interfederativo. *Revista Eletrônica da PGE-RJ, [S. l.]*, v. 6, n. 3, 2023. DOI: 10.46818/pge.v6i3.385. Disponível em: <<https://revista-eletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/385>>. Acesso em: 8 out. 2025.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Projeto de lei que cria o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços é aprovado no plenário do Senado. 2025. Disponível em: <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2025/outubro/projeto-de-lei-que-cria-o-comite-gestor-do-imposto-sobre-bens-e-servicos-e-aprovado-no-plenario-do-senado>>. Acesso em: 5 out. 2025.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; RODRIGUES, Rodrigo Nascimento; IGLESIAS, Tadeu Puretz. Reforma Tributária, IBS e a cláusula pétrea da forma federativa de Estado. *Revista Direito Tributário Atual* v. 59. ano 43. p. 307-329. São Paulo: IBDT, 1º quadrimestre 2025. Disponível em: < <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/2632>>. Acesso em: 5 out. 2025.

PASSOS. Luana; GUEDES. Dyeggo Rocha; SILVEIRA. Fernando Gaiger. Justiça fiscal no Brasil: que caminhos trilhar? p. 93-111. A reforma tributária necessária: diagnóstico e premissas. ANFIP – Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e FENAFISCO – Federação Nacional do Fisco Estadual e Distrital. Eduardo Fagnani (org). Brasília: ANFIP: FENAFISCO: São Paulo: Plataforma Política Social, 2018. 804 p. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1330165/A_reforma_tributaria_necessaria.pdf>. Acesso em: 08 out. 2025.

PEREIRA, Caroline Quadros da Silveira. Federalismo cooperativo e segurança jurídica: o STF e a pandemia. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 22, n. 59, jul./set. 2021, p. 21-38. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n59_02_federalismo%20cooperativo%20e%20seguran%C3%A7a%20jur%C3%ADdica_final.pdf?d=637642105140815639>. Acesso em: 5 out. 2025.

REZENDE, Fernando. Federalismo fiscal no Brasil. *Revista de Economia Política*, v. 15, n. 3 (59), jul./set. 1995, p. 297-310. <<https://www.scielo.br/j/rep/a/9dv7mgTbjZ69JPgCNJ5gyth/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 8 out. 2025.

TORRES, João Camilo de Oliveira. *A Formação do Federalismo no Brasil*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017 (Coleção João Camilo de Oliveira Torres; n. 4).



A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO FERRAMENTA DE MODERNIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA: O CASO DA PGFN

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AS A TOOL FOR THE MODERNIZATION OF TAX ADMINISTRATION: THE CASE OF THE PGFN

Tiago da Silva Fonseca

Graduado e Mestre em Direito pela UFMG

Doutorando em Direito pela PUC-Minas

Procurador da Fazenda Nacional

RESUMO: A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) empreendeu uma modernização estratégica na última década, em suas atividades de recuperação de créditos e de representação judicial da União. Alternando um modelo de cobrança centrado na execução fiscal judicial, processo oneroso e de baixa eficiência, a PGFN vem implementando um sistema sofisticado alicerçado em inteligência artificial, gestão massiva de dados e análise preditiva. Essa revolução estratégica culminou em um salto de eficiência na recuperação de créditos. A inteligência artificial é crucial para o novo paradigma, permitindo a classificação de devedores e dívidas, com base no potencial de recuperação. Assim, os recursos judiciais são direcionados a créditos recuperáveis ou casos de fraude fiscal estruturada, permitindo que parte dos créditos seja tratada por vias mais céleres, como o aprimoramento da transação tributária, com propostas personalizadas baseadas na capacidade de pagamento. Na representação judicial, a inteligência artificial potencializa a análise de legislação e jurisprudência. Os sistemas inteligentes processam milhares de decisões, calculam a probabilidade de êxito de teses jurídicas e subsidiam a tomada de decisões estratégicas, garantindo

uma atuação mais coesa e uniforme. A finalidade primária da inteligência artificial deve ser auxiliar no cumprimento das metas estratégicas da Administração Tributária. Na PGFN, a ferramenta vem servindo não só para a otimização da arrecadação e fomento à conformidade fiscal, mas também para qualificar a interação entre a Administração Tributária e o contribuinte.

PALAVRAS-CHAVE: inteligência artificial; Administração Tributária; planejamento estratégico.

ABSTRACT: The Attorney General's Office for the National Treasury (PGFN) has undertaken a strategic modernization over the last decade in its activities of credit recovery and judicial representation of the Federal Union. Shifting from a collection model centered on judicial tax enforcement, a costly and inefficient process, the PGFN has been implementing a sophisticated system based on artificial intelligence, big data management, and predictive analytics. This strategic revolution has culminated in a leap in credit recovery efficiency. Artificial intelligence is crucial to this new paradigm, enabling the classification of debtors and debts based on their recovery potential. Consequently, judicial resources are directed towards recoverable credits or cases of structured tax fraud, allowing a portion of the credits to be handled through faster means, such as the enhancement of tax settlements with personalized proposals based on payment capacity. In judicial representation, artificial intelligence enhances the analysis of legislation and jurisprudence. Intelligent systems process thousands of decisions, calculate the probability of success for legal arguments, and support strategic decision-making, ensuring a more cohesive and uniform performance. The primary purpose of artificial intelligence should be to assist in achieving the strategic goals of the Tax Administration. At the PGFN, the tool has served not only to optimize revenue collection and promote tax compliance but also to improve the interaction between the Tax Administration and the taxpayer.

KEYWORDS: artificial intelligence; Tax Administration; strategic planning.

1. INTRODUÇÃO

A Administração Tributária, diante de um cenário marcado pela globalização, pela digitalização da economia e pela crescente complexidade das estruturas empresariais, está diante de um desafio que consiste em adaptar os seus modelos tradicionais de fiscalização e cobrança, baseados em processos manuais, atuação reativa e judicialização em massa. Nesse cenário, a incorporação intensiva de tecnologias de análise de dados e de inteligência artificial deixa de ser uma opção meramente incremental de eficiência para se converter em condição de possibilidade para a preservação da soberania fiscal do Estado e para a concretização dos princípios da justiça e da isonomia tributária.

A trajetória recente da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) ilustra, de forma paradigmática, esse movimento de reinvenção institucional. Em menos de uma década, a PGFN migrou de um modelo predominantemente centrado na execução fiscal (caro, moroso e percentualmente pouco efetivo) para uma atuação orientada por dados, na qual sistemas de inteligência artificial e modelos preditivos orientam estrategicamente a atuação dos Procuradores, na recuperação de créditos. Paralelamente, a jurimetria aplicada à representação judicial permite mapear padrões jurisprudenciais, estimar probabilidades de êxito, padronizar estratégias de defesa e sistematizar o conhecimento institucional, resultando em maior uniformidade da atuação da Fazenda Nacional.

Este artigo analisa a modernização da Administração Tributária, a partir do estudo de caso da PGFN, com foco no uso da inteligência artificial para a realização dos objetivos definidos em seu planejamento estratégico, tanto na recuperação de créditos quanto na representação judicial. A primeira parte do texto trata da necessidade de modernização da Administração Tributária global, diante do aumento da complexidade das relações econômicas e da volatilidade do capital. A segunda parte do texto discute as finalidades buscadas pela Administração Tributária ao delegar parte de atividades relacionadas à fiscalização e cobrança a sistemas dotados de inteligência artificial. A terceira parte do texto apresenta casos concretos do uso da inteligência artificial pela PGFN, com resultados surpreendentes, tanto na recuperação de créditos como na representação judicial.

O texto utiliza especialmente o método jurídico-diagnóstico¹, pois identifica um gargalo no funcionamento de uma instituição jurídica, explica algumas medidas corretivas adotadas e avalia os seus resultados, comprovando a sua eficácia. O raciocínio é predominantemente dedutivo, pois parte da premissa de que a PGFN vem modernizando a sua atuação na recuperação de créditos e na representação judicial, a partir do uso de novas tecnologias de análise preditiva.

2. A REINVENÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA NA ERA GLOBAL E DIGITAL

A globalização, a abertura dos mercados e a volatilidade do capital exigem uma constante mudança das atividades de fiscalização e cobrança da Administração Tributária. A era de fronteiras bem definidas, de transações puramente físicas e de modelos de negócios estáveis foi suplantada por um cenário de complexidade, velocidade e desterritorialização. Nesse novo paradigma, a atuação apenas reativa da Administração Tributária não é apenas ineficiente, mas representa uma ameaça à soberania fiscal do Estado e aos princípios de justiça tributária. A sobrevivência e a relevância da Administração Tributária dependem, portanto, de sua capacidade de se reinventar continuamente.

A nível internacional, um importante vetor dessa mudança é a ascensão das corporações multinacionais e suas sofisticadas estratégias de planejamento tributário. A globalização permitiu que empresas operem em uma escala transnacional, alocando receitas, custos e lucros entre diferentes jurisdições com o objetivo de minimizar sua carga tributária global. Fenômenos como os preços de transferência abusivos, a erosão da base tributária e transferência de lucros exploram as brechas e assimetrias entre os sistemas fiscais nacionais². Para a fiscalização, isso significa que a tradicional auditoria, focada nos livros contábeis de uma entidade local, é manifestamente insuficiente. A mudança necessária exige auditores com alta especialização em direito internacional, con-

1 GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2020, p. 82.

2 MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. *Soberania Tributária na Pós-Modernidade*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 137.

tabilidade global e a capacidade de analisar cadeias de valor complexas que se estendem por continentes. A cobrança, por sua vez, enfrenta o desafio de alcançar ativos e recursos mantidos em paraísos fiscais, tornando a cooperação internacional e os acordos de troca de informações ferramentas indispensáveis.

Paralelamente, a digitalização da economia representa um desafio ainda mais disruptivo. Empresas de tecnologia, *streaming*, *e-commerce* e serviços digitais geram receitas vultosas sem necessitar de uma presença física substancial. O conceito clássico de "estabelecimento permanente", pilar da tributação corporativa por décadas, torna-se obsoleto quando o valor é criado por algoritmos, dados e propriedade intelectual intangível. A Administração Tributária é forçada a abandonar modelos analógicos e a desenvolver novos mecanismos de fiscalização e cobrança adaptados ao ambiente digital, o que inclui desde a implementação de tributos sobre serviços digitais até o uso massivo de tecnologia para rastrear transações online e garantir o cumprimento das obrigações.

A complexidade das relações econômicas também favorece o aumento e a sofisticação das fraudes fiscais. O combate à fraude fiscal evolui de tradicionais práticas simples sonegação para esquemas criminosos complexos e altamente estruturados. Esquemas como a criação de empresas de fachada ("noteiras"), o uso de laranjas ou a organização de grupos econômicos irregulares dificultam a fiscalização e cobrança, uma vez que o Fisco deixa de atuar contra um único infrator e passa a lidar com uma rede interconectada.

Diante desses desafios, a resposta da Administração Tributária deve ser multifacetada, combinando tecnologia, inteligência e colaboração. A mudança mais sensível é a transição de uma fiscalização reativa para uma gestão de risco proativa, impulsionada pela análise de dados (*Big Data e Analytics*) e pela conformidade. O cruzamento de informações de diversas fontes, tais como notas fiscais eletrônicas, declarações de importação, transações financeiras e dados de movimentação patrimonial, permite à autoridade fiscal identificar padrões de risco, inconsistências e indícios de evasão ou elisão fiscal com uma precisão antes inimaginável.

A modernização da Administração Tributária, a partir do incremento na análise de dados e de incentivo à conformidade, foi objeto de diversos estudos da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Para a OCDE, houve uma evolução na atividade de arrecadação e cobrança, da Administração 1.0, baseada em documentos e papel e processos manuais, para uma Administração 2.0, baseada em processos digitalizados, compartilhamento de dados e novas ferramentas analíticas. As novas tecnologias estão obrigando o Fisco a continuar avançando, para uma Administração 3.0, que busque uma tributação mais próxima dos fatos geradores, através da integração da atividade administrativa com os sistemas utilizados pelos contribuintes no cotidiano de seus negócios³.

O cerne dessa transformação é o uso intensivo de análise de dados e, sobretudo, de inteligência artificial para reduzir o hiato entre a ocorrência de um fato gerador e a sua consequência tributária, que é o efetivo adimplemento. A inteligência artificial não é apenas uma tecnologia usada para melhorar a análise de dados, mas é uma ferramenta que permite um salto qualitativo na sistematização de informações. A inteligência artificial permite que a Administração Tributária realize as suas atividades a partir de modelos de risco e de predição. Nessa perspectiva, a fiscalização pode focar os seus recursos onde o risco de inconformidade é maior e a cobrança pode aumentar as chances de recuperação do crédito e diminuir os custos de um litígio.

3. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL A SERVIÇO DA REALIZAÇÃO DOS OBJETIVOS DEFINIDOS NO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Se a inteligência artificial já é uma realidade na Administração Tributária 3.0, as finalidades a serem buscadas pelo Fisco ao delegar parte de suas atividades a robôs é tema com alguma controvérsia na doutrina. Hugo de Brito Machado Segundo defende que a finalidade principal da aplicação da inteligência artificial às atividades de fiscali-

3 OECD (2020). *Tax Administration 3.0: The Digital Transformation of Tax Administration*, OECD, Paris. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/publications-and-products/tax-administration-3-0-the-digital-transformation-of-tax-administration.htm>>. Acesso em 05 out. 2025.

zação e cobrança deve ser permitir que a Administração Tributária arrecade não “apesar da lei”, mas “nos termos da lei”⁴. Para o autor, a inteligência artificial não deve ser usada com fins meramente arrecadatórios, mas sim com fins de ampliar a garantia de direitos dos contribuintes, no acesso a restituições, isenções, anistias, esclarecimentos, orientações, parcelamentos, etc.

Marcelo Pasetti defende que, se a Administração Tributária utiliza a inteligência artificial para arrecadar tributos, por uma questão de simetria, deve também utilizar a ferramenta para devolver valores indevidamente recolhidos de forma espontânea, com vistas a atender aos imperativos da justiça fiscal⁵. Para o autor, a inteligência artificial ainda deve ser utilizada pela Administração Tributária para facilitar o cumprimento das obrigações acessórias e para orientar os contribuintes no planejamento fiscal.

Luís Manuel Pica defende que a Administração Tributária deve utilizar a inteligência artificial na busca da verdade material e da real capacidade contributiva dos contribuintes, que expressa um corolário de igualdade e respeito pela repartição justa dos encargos fiscais⁶. Para o autor, se a inteligência artificial não comportar a eficiente ponderação dos fatos ocorridos, o que resulta numa deficiência na fundamentação das decisões e numa violação da igualdade e da capacidade contributiva, os sistemas não podem agir sem a supervisão e o controle das autoridades fiscais.

Adriana Reis de Albuquerque defende que a Administração Tributária vem utilizando a inteligência artificial como ferramenta de manejo de risco tributário e de conformidade fiscal cooperativa. Como ferramenta de gestão eficiente de risco tributário, a Administração Tributária vem transferindo para sistemas de inteligência artificial tarefas como a escolha de quem deve ser fiscalizado, o cálculo da chance de risco de descumprimento das obrigações fiscais, o monitoramento de grupos econômicos fraudulentos ou o ajuizamento prioritário de execu-

4 SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Direito e Inteligência Artificial: O que os Algoritmos têm a Ensinar sobre Interpretação, Valores e Justiça*. Indaiatuba: Foco, 2023, p. 31-32.

5 PASETTI, Marcelo. *Inteligência artificial aplicada ao Direito Tributário: Um novo modelo na construção de uma justiça fiscal?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 163.

6 PICA, Luís Manuel. *A inteligência Artificial no Direito Tributário: fundamentos e limites constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2023, p. 170.

ções fiscais. Como ferramenta de conformidade fiscal, a Administração Tributária vem usando a inteligência artificial para criar instrumentos que facilitem o conhecimento e o cumprimento das obrigações fiscais, levando em conta que a atuação preventiva é sempre preferível à atuação corretiva ou à cobrança contenciosa⁷.

No nosso ponto de vista, a principal finalidade do uso da inteligência artificial é dispor a Administração Tributária de ferramentas que auxiliem as autoridades fiscais no cumprimento das metas e objetivos estabelecidos em seu planejamento estratégico. Na PGFN, o mapa estratégico para os anos de 2021/2024 conta com seis objetivos, voltados para melhorar a relação entre o Fisco e os contribuintes: 1) promover uma cobrança efetiva, racional, justa e adequada ao perfil do devedor; 2) desempenhar uma atuação contenciosa estratégica, coordenada e orientada por dados; 3) garantir a segurança jurídica das políticas públicas com orientação uniforme, tempestiva e propositiva; 4) fortalecer o combate à fraude fiscal, de forma a promover o ambiente econômico e concorrencial equilibrado; 5) fomentar a consensualidade na resolução dos conflitos; 6) estimular a conformidade fiscal⁸.

Na cobrança efetiva e adequada ao perfil do devedor, os sistemas inteligentes da PGFN classificam os créditos inscritos em dívida ativa de acordo com os critérios estabelecidos pela Portaria MF Nº 293, de 12 de junho de 2017. Nos termos da Portaria 293, os créditos são classificados nos ratings A, B, C ou D, de acordo com a perspectiva de recuperabilidade, observando variáveis como a suficiência e liquidez das garantias, os parcelamentos ativos, a capacidade de pagamento, o endividamento total e o histórico de adimplemento⁹.

No desempenho da atuação contenciosa estratégica, os sistemas inteligentes do Laboratório de Jurimetria e Inovação Jurídica (LAB-JUD) analisam os dados do contencioso judicial da PGFN para mapear

7 ALBUQUERQUE, Adriana Reis de. *Poder artificial de tributar: Limites e requisitos à utilização (adequada) da inteligência artificial pela Administração Tributária*. Londrina: Thoth, 2023, p. 91.

8 BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Mapa Estratégico 2021/2024. Disponível em: <<https://www.gov.br/pgfn/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/planejamento-estrategico>>. Acesso em: 10 de out. 2025

9 BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF Nº 293, de 12 de junho de 2017. Disponível em: <<https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&&pagina=15&&-data=13/06/2017>>. Acesso em: 10 de out. 2025.

os temas jurídicos nos Tribunais, relacionando o estoque de processos de interesse da Fazenda Nacional pendentes de julgamento e as decisões judiciais já proferidas que possibilitam ao órgão avaliar a necessidade de ajustes na sua estratégia de defesa¹⁰. Os sistemas inteligentes de análise de dados também servem para consolidar em tempo real as informações sobre o ajuizamento de novos processos em face da Fazenda Nacional e para orientar fluxos internos de trabalho a partir da triagem de intimações e notificações judiciais.

No fortalecimento ao combate à fraude fiscal, a Portaria Conjunta RFB/PGFN nº 2.282, de 27 de junho de 2017, instituiu os Grupos de Atuação Especial no Combate à Fraude à Cobrança Administrativa e à Execução Fiscal (GAEFIS), com a atribuição para identificar, prevenir e reprimir fraudes fiscais que ponham em risco a recuperação de créditos tributários¹¹. Tais grupos utilizam a inteligência artificial na atividade de investigação fiscal, realizando o monitoramento patrimonial e identificando anomalias que indiquem esquemas complexos, muitas vezes envolvendo grupos econômicos fraudulentos.

No fomento à consensualidade na resolução dos conflitos e estímulo à conformidade, a Portaria PGFN Nº 6.757, de 29 de julho de 2022, regulamentou a transação na cobrança de créditos da União e do FGTS, que condiciona a celebração do acordo e determina as concessões possíveis de acordo com uma série de variáveis, relacionadas à dívida, à situação econômica do contribuinte e à capacidade de pagamento. Tais variáveis são mensuradas a partir da verificação das informações cadastrais, patrimoniais ou econômico-fiscais prestadas à Administração Tributária Federal ou aos demais órgãos da Administração Pública¹². Os sistemas inteligentes são essenciais para a análise dessas informações e se tornaram imprescindíveis para auxiliar os Procurado-

10 MENEZES NETTO, Manoel Tavares. O papel do Laboratório de Jurimetria e Inovação Jurídica (LABJUD) no aprimoramento da representação judicial da Fazenda Nacional. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas (FGV), Rio de Janeiro, 2022, p. 40.

11 BRASIL. Receita Federal do Brasil; Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Portaria Conjunta PGFN Nº 1525, de 17 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://normasinternet2.receita.fazenda.gov.br/#!/consulta/externa/78181>>. Acesso em: 10 de out. 2025.

12 BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Portaria PGFN Nº 6757, de 29 de julho de 2022. Disponível em: <<https://normasinternet2.receita.fazenda.gov.br/#!/consulta/externa/125274>>. Acesso em: 10 de out. 2025.

res da Fazenda Nacional a decidirem se celebram ou não a transação e a decidirem sobre quais benefícios podem ou não ser negociados na celebração do acordo.

A variedade dos sistemas e a diversidade de uso da inteligência artificial pela PGFN corroboram a afirmação de que a finalidade primária da aplicação dos sistemas inteligentes na Administração Tributária é auxiliar as autoridades fiscais no cumprimento das metas e objetivos estabelecidos em seu planejamento estratégico. Longe de ser um fim em si mesma, a adoção de tecnologias inteligentes pela PGFN representa uma modernização instrumental, um meio sofisticado para alcançar os seus objetivos centrais, que abrangem a maximização da arrecadação, o combate à sonegação fiscal, a otimização da eficiência operacional e a melhoria da relação com o contribuinte.

Sistemas de *machine learning* e análise preditiva são capazes de processar volumes massivos de dados, como notas fiscais eletrônicas, declarações fiscais, transações financeiras e movimentações patrimoniais, para identificar padrões e anomalias numa velocidade e grau de acurácia que seriam impossíveis de detectar por meio de análise humana. O resultado é um combate à sonegação e ao inadimplemento mais eficaz e um aumento da percepção de risco, o que, por sua vez, incentiva a conformidade voluntária e contribui diretamente para a meta de arrecadação.

Em um cenário de recursos públicos limitados, as diversas ferramentas de inteligência artificial são implementadas para automatizar tarefas repetitivas e de baixo valor agregado. Ao delegar essas atividades a sistemas inteligentes, os Procuradores da Fazenda Nacional podem se concentrar em casos complexos que exigem julgamento crítico e expertise humana, otimizando o uso de seu capital intelectual e aumentando a produtividade geral da PGFN.

A melhoria do serviço ao contribuinte e devedor, visando a simplificar o cumprimento das obrigações tributárias, é uma meta estratégica que fortalece a legitimidade do sistema. Sistemas inteligentes podem, por exemplo, auxiliar no preenchimento de declarações, na emissão de guias de pagamento, na consulta de requerimentos administrativos, na adesão a parcelamentos e transações ou na simulação e

negociação de débitos inscritos em dívida ativa. Além disso, ao analisar o comportamento do contribuinte, através de ferramentas inteligentes, a PGFN pode desenvolver comunicações mais direcionadas e eficazes, esclarecendo dúvidas antes mesmo que elas se tornem um problema e, assim, reduzindo litígios e facilitando a vida de quem deseja cumprir suas obrigações corretamente.

Portanto, a aplicação da inteligência artificial no cumprimento dos objetivos do mapa estratégico da PGFN, desde complexas redes neurais para detecção de fraudes até simples assistentes virtuais para atendimento, não é um mosaico de tecnologias desconexas. Pelo contrário, a finalidade reflete uma aplicação deliberada de diferentes ferramentas para resolver diferentes desafios, todos alinhados aos objetivos fundamentais da Administração Tributária. A inteligência artificial se consolida como o principal vetor de modernização da PGFN (e do Fisco, de modo geral), capacitando a sua atuação no cumprimento de sua missão institucional.

4. A VIRADA TECNOLÓGICA: COMO A PGFN TRANSFORMOU A ANÁLISE DE DADOS NA RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS E NA REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA UNIÃO

A PGFN tem demonstrado uma eficiência sem precedentes na recuperação de créditos devidos à União, impulsionada por uma profunda transformação digital e o uso estratégico de tecnologias avançadas. Nos últimos 20 anos, a instituição recuperou a impressionante cifra de R\$ 353 bilhões em valores nominais, que correspondem a R\$ 545 bilhões corrigidos pela inflação. Notavelmente, dois terços desse montante, ou seja, mais de R\$ 235 bilhões em valores nominais, foram reavidos desde 2017, período que coincide com a intensificação do uso de sistemas de inteligência artificial e análise de dados em suas atividades de cobrança¹³.

13 PGFN aprofunda debate sobre a aplicação da Inteligência Artificial na conformidade tributária. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Brasília, 10 de ago. 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2023/pgfn-aprofunda-debate-sobre-a-aplicacao-da-inteligencia-artificial-na-conformidade-tributaria>>. Acesso em: 10 de out. 2025.

Este salto notável na recuperação de créditos é um reflexo direto da modernização da PGFN, que redefiniu suas estratégias de cobrança de devedores. A implementação de ferramentas de *Big Data* e o incremento no processamento do imenso volume de dados disponíveis permitiram uma análise mais aprofundada e estratégica da dívida ativa da União. Essa abordagem orientada por dados possibilita a aplicação de medidas de cobrança mais eficazes e personalizadas.

Tradicionalmente, a cobrança de créditos públicos era uma tarefa quase que artesanal, marcada pela análise manual de processos e pela dificuldade de cruzar informações dispersas em múltiplos sistemas. A introdução de algoritmos de inteligência artificial e aprendizado de máquina revolucionou essa dinâmica. A capacidade de processar um universo de dados que inclui declarações fiscais, registros de propriedade, movimentações financeiras e processos judiciais permitiu à PGFN construir um panorama multidimensional do perfil de cada devedor, atualizado quase que instantaneamente.

Essa análise massiva e veloz transforma dados brutos em inteligência estratégica, revelando padrões de ocultação de patrimônio, identificando grupos econômicos de fato e prevendo a probabilidade de sucesso em diferentes estratégias de cobrança. A inteligência artificial generativa confere aos Procuradores da Fazenda Nacional a capacidade de conectar pontos que, para o olho humano, poderiam permanecer invisíveis num oceano de informações.

O fortalecimento da capacidade de recuperação de créditos é apenas uma das consequências diretas dessa inovação. Ao invés de uma abordagem padronizada e estática, a PGFN passou a atuar de forma inovadora e dinâmica. Com a inteligência artificial, é possível segmentar os devedores, direcionando os esforços de cobrança para aqueles com maior potencial de pagamento e evitando o desgaste de recursos com dívidas de baixa perspectiva de recuperação. Ferramentas como o portal "Regularize", alimentado por inteligência artificial, oferecem propostas de negociação personalizadas e viáveis, que consideram a real capacidade de pagamento do contribuinte, aumentando a adesão a parcelamentos e transações tributárias.

A afirmação de que a inteligência artificial ajuda a PGFN a atuar estrategicamente além dos processos de cobrança revela uma transformação na qual dados e algoritmos se tornam tão cruciais quanto a própria argumentação jurídica. Nos processos de defesa, a jurimetria mantida por sistemas de inteligência artificial orienta a atuação da PGFN, permitindo que a instituição tome decisões mais rápidas, precisas e fundamentadas em evidências concretas, e não apenas em teses ou intuição. A inteligência artificial potencializa a análise da legislação e jurisprudência a um nível exponencial. Sistemas inteligentes são capazes de analisar milhares de decisões judiciais de todos os tribunais do país em tempo recorde. Robôs estão cada vez mais aptos a identificar quais teses e argumentos apresentados pela PGFN (ou pela parte contrária) têm sido mais acolhidas ou rejeitadas por determinados juízes, turmas ou tribunais. A inteligência artificial aplicada à jurimetria pode cruzar variáveis e estimar as chances de uma decisão favorável ou desfavorável. Com essa análise preditiva, a PGFN pode priorizar casos de alto impacto e com boa probabilidade de vitória, gerenciar riscos e buscar a celebração de acordos em processos de alta contenciosidade, evitar custos maiores com prolongamento de litígios.

Não obstante, ao sistematizar o conhecimento do seu acervo de ações em todo o país, a instituição cria uma base de dados inteligente e centralizada. Isso significa que um Procurador da Fazenda Nacional, em qualquer parte do Brasil pode, rapidamente, consultar como um caso semelhante foi conduzido por um colega em outra unidade, quais foram os resultados, as estratégias utilizadas e as decisões proferidas. Essa sistematização quebra silos de informação, padroniza as melhores práticas de defesa e garante uma atuação coesa e uniforme da instituição em nível nacional. O conhecimento, que antes era disperso e dependente da experiência individual de cada Procurador, torna-se um ativo institucional, perpetuado e aprimorado continuamente pela tecnologia.

Ao automatizar a análise de dados e basear as decisões em critérios objetivos, a tecnologia minimiza a discricionariedade e o erro humano, garantindo que todos os contribuintes em situações semelhantes recebam tratamento isonômico. A eficiência gerada pela inteligência artificial permite que a PGFN ofereça canais de regularização mais

acessíveis e propostas de acordo mais justas, reconhecendo que a recuperação do crédito é mais eficaz quando se estabelece uma relação de cooperação e não apenas centradas na coerção. A tecnologia, portanto, não apenas otimiza a cobrança e representação judicial, mas também qualifica a interação entre o Estado e o cidadão, tornando-a mais transparente, ágil e equilibrada.

A experiência da PGFN demonstra que a inteligência artificial não é apenas uma ferramenta de otimização, mas um vetor de modernização da gestão pública. Ao decifrar a complexidade de vastos conjuntos de dados, a instituição não só ampliou sua eficiência na nobre missão de defender os recursos da União, mas também redefiniu sua relação com a sociedade, provando que é possível ser firme na cobrança e, simultaneamente, respeitoso com os direitos fundamentais do contribuinte.

5. CONCLUSÃO

A Administração Tributária enfrenta um ponto de inflexão histórico. O paradigma tradicional de fiscalização e cobrança, concebido em uma era de economias predominantemente nacionais e transações tangíveis, revela-se progressivamente inadequado diante da arquitetura fluida e complexa do capitalismo contemporâneo. A globalização irrestrita, a volatilidade dos fluxos de capital e bens intangíveis e a sofisticação das estruturas societárias criaram um ecossistema que desafia as fronteiras fiscais e potencializa estratégias de elisão e evasão. Nesse cenário, a manutenção de um modelo operacional analógico, reativo e baseado em amostragens limitadas não apenas compromete a capacidade arrecadatória do Estado, mas também aprofunda a assimetria de informações e corrói um dos pilares da tributação: a isonomia. A necessidade de modernização, portanto, transcende uma mera busca por eficiência operacional, mas trata-se de uma condição de sobrevivência para a soberania fiscal e para a legitimidade do próprio sistema tributário.

Frente a este diagnóstico, a atual incorporação da inteligência artificial nas atividades de fiscalização e recuperação de créditos fiscais representa uma promissora resposta estratégica a esses desafios. Superando a visão reducionista que a limita a uma simples ferramenta

de automação de tarefas, a inteligência artificial deve ser compreendida como um vetor de transformação, cuja finalidade precípua é capacitar as autoridades fiscais para a consecução de seus objetivos institucionais de forma mais inteligente e preditiva. A verdadeira revolução reside na capacidade da inteligência artificial de processar, em velocidade e escala inéditas, o imenso volume de dados à disposição do Fisco, transformando informação dispersa em conhecimento estratégico. Por meio de técnicas como *machine learning*, processamento de linguagem natural e análise preditiva, a Administração Tributária pode migrar de uma postura de detecção *a posteriori* de ilícitos para um modelo proativo, que identifica padrões, antecipa riscos fiscais e personaliza tanto as ações de fiscalização e cobrança quanto as políticas de conformidade voluntária.

A experiência da PGFN representa uma bem-sucedida integração entre tecnologia e estratégia e demonstra o impacto transformador da inteligência artificial em suas duas macrofunções. No âmbito da recuperação de créditos, a instituição abandonou uma abordagem massificada e de baixa eficácia (centrada num impulso mais estático das execuções fiscais) para adotar um modelo mais preciso e dinâmico, no qual algoritmos realizam a segmentação da carteira de devedores, identificam com precisão a capacidade de pagamento, desvendam complexas estruturas de ocultação patrimonial e subsidiam a formulação de propostas de transação tributária, resultando em saltos exponenciais de recuperação de ativos para os cofres públicos.

Até 2014, o cenário da cobrança da dívida ativa da União era arcaico. O principal, e muitas vezes único, instrumento da PGFN era a execução fiscal, um processo judicial moroso, caro e de baixa efetividade. Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontam que as execuções fiscais, apesar de representarem uma parcela massiva do acervo do Poder Judiciário, eram julgadas extintas pela satisfação do débito em apenas 9% dos casos¹⁴. Na prática, isso significa que milhões de processos se arrastavam por anos, com um custo para o Estado que frequentemente superava o valor do crédito a ser recuperado. O resultado era uma dupla penalização para a sociedade: a não arrecadação de

14 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Diagnóstico do Contencioso Judicial Tributário Brasileiro. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/05/sumario-contencioso-tributario.pdf>>. Acesso em: 13 de out. 2025.

recursos essenciais para políticas públicas e o afogamento do sistema judicial em uma avalanche de ações de improvável sucesso.

A virada estratégica, iniciada a partir de 2015, foi a percepção de que insistir no modelo único de judicialização em massa era insustentável. A PGFN passou a investir pesadamente em tecnologia e a desenvolver um novo paradigma de cobrança, que prioriza a análise de dados para otimizar a alocação de recursos. A implementação de inteligência artificial e de modelos de análise preditiva permitiu ao órgão classificar os devedores e as dívidas segundo o seu potencial de recuperação. Com isso, a PGFN pôde direcionar seus esforços, focando a onerosa via judicial para os créditos recuperáveis, para situações de fraude fiscal estruturada e para os casos com maior probabilidade de êxito.

Para a grande maioria dos créditos, foram criadas e aprimoradas alternativas mais céleres e eficientes. A cobrança administrativa foi fortalecida por meio de instrumentos como o protesto extrajudicial de certidões de dívida ativa, a averbação pré-executória de bens e a negociação. A transação tributária permitiu que a PGFN ofereça condições vantajosas para a quitação de débitos, como descontos em juros e multas e prazos de parcelamento estendidos, com base na capacidade de pagamento do contribuinte, incentivando a regularização voluntária e a resolução de litígios sem a necessidade de intervenção judicial.

No que tange à representação judicial da Fazenda Nacional, a inteligência artificial, por meio da jurimetria, vem revolucionando a advocacia pública. A análise de vastos acervos de decisões judiciais permite hoje mapear tendências jurisprudenciais, calcular com acuidade estatística a probabilidade de êxito de determinadas teses em diferentes cortes e instâncias e fundamentar a tomada de decisão, sobre quais litígios priorizar, quando celebrar acordos ou quando desistir de recursos. Essa abordagem, que substitui a intuição pela evidência, não apenas otimiza a alocação de recursos e aumenta a taxa de sucesso nos tribunais, mas também sistematiza o conhecimento institucional, garantindo uma atuação jurídica mais coesa e uniforme em todo o território nacional.

Na representação judicial, a PGFN vem incorporando um robusto arsenal de ferramentas de inteligência artificial, empregadas para

aprimorar o monitoramento de processos na Justiça Federal e permitir uma análise mais ágil e aprofundada das ações que envolvem a União. Com isso, a PGFN consegue classificar os principais temas em discussão e identificar padrões em teses jurídicas antiexacionais.

A capacidade de monitorar e analisar os processos de forma mais eficiente e inteligente resulta em uma atuação mais estratégica e uniforme por parte da PGFN. Com um diagnóstico preciso do contencioso tributário, a atuação na representação judicial pode padronizar argumentos, priorizar as ações relevantes e subsidiar a tomada de decisões, como, por exemplo, definir em quais casos é mais viável celebrar acordos ou em quais matérias é mais viável levar os processos às instâncias superiores.

O aumento expressivo da arrecadação não foi um ponto fora da curva, mas sim a consolidação de uma tendência de crescimento contínuo. Ao quadruplicar sua capacidade de arrecadação, a PGFN demonstrou que a eficiência na gestão pública não depende apenas do aumento de pessoal ou de orçamento, mas da inteligência com que os recursos e as ferramentas disponíveis são utilizados. Outrossim, a modernização da representação judicial, impulsionada pela inteligência artificial, fortalece a segurança jurídica e a previsibilidade nas relações entre o Fisco e os contribuintes. A PGFN, ao adotar uma postura proativa e baseada em dados, consolida-se como uma instituição de vanguarda na defesa dos interesses da União no âmbito do Poder Judiciário.

A simbiose entre o seu corpo funcional altamente qualificado e a capacidade computacional da inteligência artificial não é uma visão futurista, mas uma realidade concreta e um imperativo para uma PGFN mais moderna. A trajetória da PGFN oferece um roteiro validado de que o investimento em tecnologia, quando guiado por um planejamento estratégico claro, gera retornos expressivos para o Estado e para a sociedade. Equacionar a tensão entre eficiência arrecadatória e a otimização da garantia dos direitos dos contribuintes é, sem dúvida, o grande desafio que definirá a próxima etapa na evolução da Administração Tributária na era digital.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Adriana Reis de. *Poder artificial de tributar: Limites e requisitos à utilização (adequada) da inteligência artificial pela Administração Tributária*. Londrina: Thoth, 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Diagnóstico do Contencioso Judicial Tributário Brasileiro*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/05/sumario-contencioso-tributario.pdf>>. Acesso em: 13 de out. 2025.

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Portaria MF Nº 293, de 12 de junho de 2017*. Disponível em: <<https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&&pagina=15&&data=13/06/2017>>. Acesso em: 10 de out. 2025.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Mapa Estratégico 2021/2024*. Disponível em: <<https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/planejamento-estrategico>>. Acesso em: 10 de out. 2025.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *PGFN em números 2025*. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn_2025_1103_11h46_final.pdf>. Acesso em: 13 de out. 2025.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Portaria PGFN Nº 6757, de 29 de julho de 2022*. Disponível em: <<https://normasinternet2.receita.fazenda.gov.br/#/consulta/externa/125274>>. Acesso em: 10 de out. 2025.

BRASIL. Receita Federal do Brasil; Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Portaria Conjunta PGFN Nº 1525, de 17 de outubro de 2016*. Disponível em: <<https://normasinternet2.receita.fazenda.gov.br/#/consulta/externa/78181>>. Acesso em: 10 de out. 2025.

MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. *Soberania Tributária na Pós-Modernidade*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

MENEZES NETTO, Manoel Tavares. *O papel do Laboratório de Juri-metria e Inovação Jurídica (LABJUD) no aprimoramento da representação judicial da Fazenda Nacional*. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas (FGV), Rio de Janeiro, 2022.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

PGFN aprofunda debate sobre a aplicação da Inteligência Artificial na conformidade tributária. *Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*, Brasília, 10 de ago. 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2023/pgfn-aprofunda-debate-sobre-a-aplicacao-da-inteligencia-artificial-na-conformidade-tributaria>>. Acesso em: 10 de out. 2025.

OECD (2020). *Tax Administration 3.0: The Digital Transformation of Tax Administration*, OECD, Paris. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/publications-and-products/tax-administration-3-0-the-digital-transformation-of-tax-administration.htm>>. Acesso em 05 out. 2025.

PASETTI, Marcelo. *Inteligência artificial aplicada ao Direito Tributário: Um novo modelo na construção de uma justiça fiscal?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PICA, Luís Manuel. *A inteligência Artificial no Direito Tributário: fundamentos e limites constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2023.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Direito e Inteligência Artificial: O que os Algoritmos têm a Ensinar sobre Interpretação, Valores e Justiça*. Indaiatuba: Foco, 2023.



PARECER SEI Nº 3465/2025/MF

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Procuradoria-Geral Adjunta Tributária Coordenação-
Geral de Assuntos Tributários Núcleo de Consultoria

Documento preparatório. Acesso restrito até a tomada da decisão pelo órgão consultante (Receita Federal do Brasil). Art. 7º, § 3º, da Lei nº 11.527, de 18 de novembro de 2011. Art. 20, "caput", do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012.

CONSULTA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL.

QUESTIONAMENTOS RELACIONADOS AO JULGAMENTO DO TEMA Nº 1174 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema nº 1174: “É inconstitucional a sujeição, na forma do Art. 7º da Lei nº 9.779/99, com a redação conferida pela Lei nº 13.315/16, dos rendimentos de aposentadoria e de pensão pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento)”.

A decisão do STF determina, apenas, a aplicação das alíquotas progressivas do imposto de renda (no que exceder o limite da isenção), em relação aos rendimentos de aposentadoria

e pensão recebidos pelo contribuinte residente no exterior.

Os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços, pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, continuam sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), considerando que a questão efetivamente controvertida no recurso paradigma centrou-se apenas na análise específica da situação daqueles que percebem aposentadorias e pensões de fonte nacional e que residem no exterior.

A decisão do STF não alterou a regra relativa ao regime de tributação na fonte, que se fundamenta na previsão do Art. 7º da Lei nº 9.779, de 1999, tampouco estendeu aos não residentes as regras de dedução e de ajuste anual aplicáveis apenas aos residentes.

Legislação: Art. 7º da Lei nº 9.779, de 1999; Lei nº 13.315, de 2016; Lei nº 11.482, de 2007; arts. 14, § 2º, 746 do Decreto nº 9.580, de 2018; Lei nº 3.470, de 1958.

Atos da Receita Federal do Brasil: Nota Cosit/Sutri nº 97, de 5 de maio de 2025.

Pareceres CAT: Parecer PGFN/CAT nº 443/2014.

Pareceres de outras coordenações: Parecer SEI nº 453/2025/MF e Parecer SEI nº 3.330/2025/MF, da Coordenação-Geral da

Representação Judicial da Fazenda Nacional
- CRJ.

Jurisprudência: Tema 1174 de Repercussão
Geral.

Processo SEI nº 10951.106776/2021-80

I. RELATÓRIO

A Coordenação-Geral de Representação Judicial (CRJ) encaminha a esta Coordenação-Geral de Assuntos Tributários (CAT) os questionamentos da Receita Federal do Brasil (RFB), relacionados ao resultado do julgamento do Tema nº 1174, cujo resumo é o seguinte: “Incidência da alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) do imposto de renda exclusivamente na fonte sobre as pensões e os proventos de fontes situadas no País, percebidos por pessoas físicas residentes no exterior” (eventos SEI nº 51505948 e 53643337).

Segundo a CRJ, os questionamentos da RFB demandam “o conhecimento e enfrentamento de temas de direito material, ou seja, o entrelaçamento de conceitos de direito tributário e a legislação correlata com as bases lógicas ou a motivação do tópico decisório do acórdão demonstradas nesta manifestação”, ressaltando, contudo, que “não pode haver interpretação que estabeleça reconhecimento do julgado, mas apenas exegese que indique sua correta conformação à legislação própria, em sintonia ao que restou debatido no conteúdo do acórdão em questão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal” (evento SEI nº 53643337).

A RFB apresenta três questionamentos e seus respectivos apontamentos (evento SEI nº 51505948):

“21. Nos termos da decisão proferida no ARE 1.327.491/SC (Tema nº 1.174), a tributação deve ser realizada de forma isolada (independentemente dos demais rendimentos auferidos)?

É importante frisar que a tabela progressiva não foi desenhada para uma tributação isolada. Por conta disso, a ado-

ção desse modelo poderia causar certas distorções. Não obstante, parece-nos que esta seria a forma de tributação mais aderente à decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a qual versamos.

Nos termos da decisão proferida no ARE 1.327.491/SC (Tema nº 1.174), a tributação deve ser realizada de forma exclusiva na fonte?

Informa-se que a aplicação da tabela progressiva sem o ajuste anual pode causar distorções. Todavia, parece-nos que esta seria a única forma de tributação praticável, tendo em vista que, de acordo com a legislação vigente, os rendimentos dos não residentes não estão sujeitos a ajustes.

Nos termos da decisão proferida no ARE 1.327.491/SC (Tema nº 1.174), deve ser garantida a dedutibilidade das despesas incorridas pelos contribuintes não residentes?

Salienta-se que a aplicação da tabela progressiva sem a possibilidade de deduções pode gerar distorções. No entanto, parece-nos que esta seria a única forma de tributação praticável, tendo em vista que, de acordo com a legislação vigente, os rendimentos dos não residentes não permitem deduções.

Em suma, a RFB quer saber como irá operacionalizar a decisão do STF no julgamento do Tema nº 1174, à luz das regras tributárias vigentes.

As considerações desta Coordenação-Geral de Assuntos Tributários estarão restritas às suas atribuições, previstas nos Artigos 22, 23 e 24 do Regimento Interno da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pela Portaria MF nº 36, de 24 de janeiro de 2014, ou seja, à análise dos aspectos jurídicos de matéria tributária.

Desse modo, a presente manifestação, nos termos do Art. 11, incisos I e V, c/c Art. 13 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e do Enunciado nº 7 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União, estará limitada à interpretação dos questionamentos da RFB da perspectiva do direito material tributário.

II. ANÁLISE JURÍDICA

A tabela progressiva deverá ser aplicada somente em relação aos rendimentos de aposentadoria e de pensão do residente no exterior. Os demais rendimentos auferidos pelo residente no exterior, caso existentes, devem continuar a seguir a regra do Art. 7º, da Lei nº 9.779, de 1999, que prevê a aplicação da alíquota de 25% (vinte e cinco por cento).

O primeiro questionamento da RFB pretende saber se a tributação dos rendimentos de aposentadoria e pensão de residentes no exterior deve ser realizada de forma isolada, ou seja, independentemente dos demais rendimentos auferidos.

Para responder a essa pergunta, faz-se necessário examinar o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

A **tese fixada** pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema nº 1174, foi a seguinte¹:

“É inconstitucional a sujeição, na forma do Art. 7º da Lei nº 9.779/99, com a redação conferida pela Lei nº 13.315/16, dos rendimentos de aposentadoria e de pensão pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento)”.

Os **fundamentos jurídicos** apresentados pelo STF para julgar inconstitucional a alíquota fixa de 25% de IRRF incidente sobre os proventos de aposentadoria e pensão de contribuintes residentes no exterior podem ser assim resumidos (evento SEI nº 46673895):

- I violação à progressividade, por entender que “inexistem faixas distintas de tributação para fins de incidência de outras alíquotas, de modo que os 25% incidem sobre a totalidade desses rendimentos, sem deduções relativas a faixas inferiores”, e que as aposentadorias e pensões consistem,

1 O trânsito em julgado ocorreu em 28 de novembro de 2024.

em regra, para quem as recebe (idosos, crianças, adolescentes e pessoas com deficiência), em suas principais fontes de renda, quando não as únicas;

- II violação ao princípio do não confisco, sob perspectiva de que, ao incidir a alíquota única de 25% inclusive sobre a parcela de aposentadoria e pensão que se encontra dentro da faixa de isenção aplicável aos residentes no país, a tributação atingiria valores essenciais para a existência digna do residente no exterior;
- III violação à isonomia, à proporcionalidade e à capacidade contributiva, por considerar que incide carga tributária efetiva muito mais gravosa, sem justificativa razoável, em face dos residentes no exterior, quando comparada com a dos residentes no país que recebem rendimentos de aposentadoria ou de pensão de fontes aqui localizadas.

O **caso concreto** que deu origem ao paradigma trazia a “hipótese de contribuinte pessoa física cuja aposentadoria, recebida de fonte nacional, sujeitava-se à tributação de 25% de IRRF, apesar de encontrar-se na faixa de isenção aplicável aos residentes no Brasil” (evento SEI nº 46673895).

Dois deliberações podem ser extraídas da tese julgada, em atenção aos limites fático-jurídicos evidenciados pelo *leading case* (evento SEI nº 46673895):

- I o afastamento, por inconstitucionalidade, da alíquota prevista no Art. 7º da Lei nº 9.779/99 (com a redação conferida pela Lei nº 13.315/16) sobre as aposentadorias e pensões;
- II e, como consequência, a incidência das alíquotas progressivas previstas na Lei nº 11.482, de 31 de maio de 2007, inclusive o respectivo
- III limite legal de isenção, às aposentadorias e pensões do residente no exterior.

O Parecer SEI nº 453/2025/MF da Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional - CRJ definiu o **alcance da decisão** proferida no Recurso Extraordinário nº 1.327.491/SC (evento SEI nº 48235198):

“A decisão limitou-se a declarar a inconstitucionalidade do Art. 7º da Lei nº 9.779/99, com redação dada pela Lei nº 13.315/16, especificamente quanto à alíquota única de 25% do imposto de renda retido na fonte sobre aposentadorias e pensões pagas a residentes no exterior. Por consequência, determinou-se apenas a aplicação das alíquotas progressivas previstas na Lei nº 11.482/07, incluindo a faixa de isenção.”

Esse é o **contexto fático-jurídico** delineado pelo julgamento do Tema nº 1174 que deverá ser levado em consideração no exame dos questionamentos da RFB, mas não se resume a ele, uma vez que, como bem apontou o órgão fiscalizador, ao lado dos rendimentos de aposentadoria e de pensão há também a possibilidade de o contribuinte residente no exterior receber outros rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, ou rendimentos decorrentes da prestação de serviços.

Com efeito, a partir das mudanças trazidas pela Lei nº 13.315, de 2016, ao Art. 7º da Lei nº 9.779, de 1999², foi acrescida a expressão "de aposentadoria, de pensão", ao lado da expressão "rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício" e da expressão "prestação de serviços", albergando aqueles entre os rendimentos que se submetem à alíquota de 25%.

A redação conferida pela Lei nº 13.315, de 2016, extirpou dúvidas que remanesciam sobre os rendimentos que se submetiam à alíquota de 25%. Se antes dessa alteração havia discussões sobre se rendimentos de aposentadoria e de pensão deviam ser considerados "rendimentos do trabalho" para aplicação do disposto no artigo 7º da Lei nº 9.779, de 1999, o certo é que, a partir das alterações promovidas pela referida Lei

2 Art. 7º Os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, de aposentadoria, de pensão e os da prestação de serviços, pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento).

nº 13.315, de 2016, essas dúvidas, que foram bem expostas no Parecer PGFN/CAT nº 443/2014, deixaram de existir.

Porém, a partir dos limites fático-jurídicos do recurso paradigma relativo ao Tema nº 1174, pode-se afirmar que sobre os **rendimentos de aposentadoria e pensão** pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes no exterior, não mais incidirá a alíquota de 25% prevista no Art. 7º da Lei nº 9.779, de 1999, ou seja, sobre esses rendimentos somente incidirão as alíquotas progressivas previstas na Lei nº 11.482, de 31 de maio de 2007, desde que não estejam na faixa de isenção.

Desse modo, os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços, pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, continuam sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), considerando que a questão efetivamente controvertida no recurso paradigma centrou-se apenas “na análise específica da situação daqueles que percebem aposentadorias e pensões de fonte nacional (idosos, crianças, adolescentes e pessoas com deficiência).” (evento SEI nº 46673895).

A tributação das aposentadorias e pensões dos residentes no exterior, mediante a utilização da tabela progressiva, deverá ser realizada de forma exclusiva na fonte e sem a possibilidade de deduções e de ajuste anual

Duas outras questões levantadas pelo órgão lançador dizem respeito à sistemática de incidência do imposto de renda sobre os rendimentos de aposentadoria e pensão de residentes no exterior por meio da tributação exclusiva na fonte e da possibilidade de dedução das despesas incorridas pelos contribuintes não residentes.

A estrutura desenhada para a incidência do imposto de renda sobre rendimentos de residentes no exterior baseia-se na tributação exclusiva na fonte ou definitiva, como se verifica do Art. 14, § 2º, e do Art. 746, do Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018, que encontra fundamento no já citado Art. 7º da Lei nº 9.779, de 1999:

Art. 14. Os residentes no País que se retirarem em caráter definitivo do território nacional no curso de um ano-calendário, além da declaração correspondente aos rendimentos do ano-calendário anterior, ficam sujeitos à apresentação da Declaração de Saída Definitiva do País correspondente aos rendimentos e aos ganhos de capital percebidos no período de 1º de janeiro até o dia anterior à data da saída do País, observado o disposto no Art. 918 (Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958, Art. 17, caput e § 2º). (...)

§ 2º Os rendimentos e os ganhos de capital percebidos após a data da saída definitiva do País ficarão sujeitos à tributação exclusiva na fonte ou definitiva, na forma estabelecida no Capítulo V do Título I do Livro III, e, quando couber, na forma estabelecida neste Livro (Lei nº 3.470, de 1958, Art. 17, § 3º; e Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, Art. 18).

(...)

Art. 746. Os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, de aposentadoria, de pensão e os rendimentos da prestação de serviços, pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, ficam sujeitos à incidência do imposto sobre a renda na fonte, à alíquota de vinte e cinco por cento, excepcionado, no que se refere a serviços, o disposto no Art. 765 (Lei nº 9.779, de 1999, Art. 7º).

De acordo com o Parecer PGFN/CAT nº 443/2014, essa sistemática de tributação exclusiva na fonte ou definitiva das remessas ao exterior justifica-se pela ausência de domicílio ou residência do contribuinte no país, o que torna inviável a fiscalização do contribuinte no exterior, tanto para verificação do direito à dedução de despesas da base de cálculo do tributo, quanto para ajuste do total de rendas recebidas de fontes situadas no Brasil. Tanto assim que essa sistemática é adotada há décadas, como se pode constatar da previsão contida na Lei nº 3.470, de 1958:

Art 17. Os residentes ou domiciliados no Brasil que se retirarem em caráter definitivo do território nacional no correr de um exercício financeiro, além do imposto calculado na declaração correspondente aos rendimentos do ano civil imediatamente anterior, ficam sujeitos à apresentação imediata da nova declaração dos rendimentos do período de 1 de janeiro até a data em que for requerida às repartições do imposto de renda a certidão para visto no passaporte, ficando, ainda, obrigados ao pagamento, no ato da entrega dessa declaração, do imposto que nela for apurado.

(...)

§ 3º Os que (Vetado) continuarem a perceber rendimentos produzidos no país, ficarão sujeitos ao regime de tributação na fonte, sobre os rendimentos que auferirem a partir da data em que for requerida a certidão fornecida pelas repartições do imposto de renda.

Parece-nos que tanto a sistemática de tributação na fonte quanto a regra que permite a dedução de despesas apenas ao contribuinte residente no país não foram afastadas pelo recurso paradigma relativo ao Tema nº 1174.

De fato, em relação à sistemática de tributação exclusiva na fonte, o próprio Relator considera que “nada há de complicado quanto à possibilidade de retenção, na fonte, do imposto de renda, considerando-se a progressividade do tributo e a faixa de isenção. Isso, a propósito, já é comumente feito quanto aos residentes no país” (evento SEI nº 53643337).

Em relação à impossibilidade de estender as regras de dedução legal de despesas e de ajuste anual aos residentes no exterior, esclareça-se que chegou a ser cogitada pela CASTF a oposição de embargos declaratórios para dirimir dúvidas relacionadas a determinadas passagens do voto do Relator Ministro Dias Toffoli, que “aludem à ausência de dedução legal como uma circunstância que torna mais gravosa a carga tributária sobre o residente no exterior, havendo, em especial, passagem

que sugere a possibilidade de que esse contribuinte apresente declaração anual de IRPF com o propósito de realizar as sobreditas deduções legais e de alcançar uma alíquota efetiva menos gravosa de imposto.” (evento SEI nº 46673895).

Para subsidiar essa decisão, a CASTF solicitou manifestação da RFB sobre “os impactos negativos em admitir-se deduções legais pelo residente no exterior e a consequente apresentação de declaração anual de ajuste, para fins de aplicação das tabelas progressivas do IRPF nos moldes dos residentes no Brasil, obtendo, em resposta, a Nota Cosit/Sutri/RFB nº 311, de 22 de novembro de 2024.”³

Ao final, a CASTF decidiu pela não oposição de embargos declaratórios, ao fundamento de que “nem a decisão sobre o caso concreto, nem a tese fixada em repercussão geral, com efeitos gerais e abstratos, contempla qualquer decisão da Corte no sentido de que deva ser estendida ao residente no exterior, quando perceba rendimentos de aposentadoria e pensão que eventualmente excedam a faixa isenta, o regime de deduções legais e de ajuste anual por meio de declaração ao Fisco brasileiro, regras aplicáveis aos residentes no Brasil.” (evento SEI nº 46673895).

Segundo a CASTF, “Se essa fosse, de fato, a deliberação da Suprema Corte - indo além da mera aplicação das alíquotas progressivas de IRPF -, tal diretriz necessitaria constar inequivocamente do acórdão paradigma. Com efeito, é certo que não cabe à Administração Tributária, jungida que está ao princípio da legalidade, promover a extensão, aos contribuintes não residentes, de regras que são expressa e intrinsecamente relacionadas à tributação dos residentes.” (evento SEI nº 46673895).

Ainda de acordo com a CASTF, “o próprio voto condutor do Min. Dias Toffoli faz um esclarecimento no sentido de que o foco da discussão é a alíquota fixa de 25% sobre o total dos rendimentos de aposentadoria e pensão e não envereda sobre a possibilidade de haver regras diferenciadas de tributação para os residentes e não residentes que percebam aposentadorias e pensões de fontes brasileiras.” (evento SEI nº 46673895).

3 A Nota Cosit/Sutri/RFB nº 311, de 22 de novembro de 2024, não consta dos autos.

E prossegue: “Assim, como decorrência do afastamento da alíquota prevista no Art. 7º da Lei nº 9.779/99 (com a redação conferida pela Lei nº 13.315/16), entende-se que o acórdão apregoa, apenas, a aplicação das alíquotas progressivas do IR (no que exceder o limite da isenção), em relação aos rendimentos de aposentadoria e pensão recebidos pelo contribuinte residente no exterior, mantendo-se, assim, o regime de tributação exclusivamente na fonte (sem deduções ou ajuste anual).” (evento SEI nº 46673895).

O teor do Parecer SEI 3330/2025/MF, que reafirma os termos do Parecer SEI nº 453/2025/MF, também não alude a nenhum aspecto do julgado que tenha estendido outras regras de tributação aos não residentes (evento SEI nº 53643337):

“Para delimitar o alcance do julgado visando ao seu cumprimento, reportam-se aos elementos essenciais do ARE 1.327.491/SC analisados no Parecer SEI nº 453/2025/MF, e, em acréscimo, repisa-se que a motivação do acórdão, seus fundamentos de fato e de direito, em resumo, apresentou-se da seguinte forma:

- a) Está em discussão a constitucionalidade da incidência da alíquota de 25% do imposto de renda exclusivamente na fonte sobre as pensões e os proventos de fontes situadas no País percebidos por pessoas físicas residentes no exterior.
- b) O relator para decidir a causa discorreu, em termos gerais, sobre a **progressividade do imposto de renda** e sobre os **princípios da isonomia, do não confisco e da proporcionalidade**.
- c) Preconiza o texto constitucional que o imposto de renda “será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei”
- d) Que consiste a progressividade na qualidade ou na condição de progressivo.
- e) O relator entende o conceito de progressividade de acordo com Leandro Paulsen, ou seja, “um tributo di-

mensionado com alíquotas”, no modo em que “se dimensiona o montante devido de um tributo mediante a aplicação de uma escala de alíquotas a outra escala correlata, fundada normalmente na maior ou menor revelação de capacidade contributiva”.

- f) Com base em Paulsen, haveria duas espécies de progressividade, a primeira: “o tributo é calculado verificando-se qual é a alíquota correspondente na escala correlata. Com base nela, calcula-se o montante do tributo devido. Essa é a **progressividade simples**”; a segunda, a **progressividade gradual**: “o cálculo do tributo é um pouco mais complexo. Vide, por exemplo, a progressividade do imposto de renda, há muito conhecida. Em casos como esse, as alíquotas se aplicam à renda do contribuinte faixa por faixa. Isso é, se a renda do contribuinte passar da faixa correspondente à menor alíquota para a próxima faixa, a alíquota da primeira faixa incidirá sobre a parcela da base de cálculo que se encontrar dentro de sua faixa, e a alíquota da segunda faixa, sobre a parte sobrepajante, ficando tal parcela limitada ao teto de sua faixa, e assim sucessivamente”.
- g) Em relação às espécies de progressividade, destaca: “vale conferir as lições de Kioshi Harada, mencionadas pelo Ministro Alexandre de Moraes no julgamento daquele RE nº 852.796/RS”.
- h) A progressividade do imposto de renda relaciona-se com o princípio da capacidade contributiva.
- i) A progressividade é um critério: “deve presidir a aplicação do tributo, a fim de torná-lo mais justo e equitativo para todos os contribuintes”.
- j) O relator cita novamente Paulsen: “expressamente aponta que o imposto de renda, o qual tem caráter pessoal, “deve, necessariamente, ser graduado segundo a capacidade econômica do contribuinte também

por força de determinação expressa constante do Art. 145, § 1º, da CF”.

- k) O relator reporta-se ao ensinamento de Hugo de Brito Machado: “com a Constituição Federal, a progressividade passou a ser obrigatória para o legislador. Indicando, da mesma forma, o caráter cogente da progressividade”.

Observe-se que, ao enfrentar objetivamente o exame da constitucionalidade no acórdão do ARE 1.327.491/SC, no tópico da tributação pelo imposto de renda com alíquota de 25%, dos rendimentos de aposentadoria e de pensão no caso de residentes no exterior, o relator do julgado se pronunciou da seguinte maneira, sobre a violação da progressividade:

- a) constatou que inexistem faixas distintas de tributação para fins de incidência de outras alíquotas, de modo que os 25% incidem sobre a totalidade desses rendimentos, sem deduções relativas a faixas inferiores (as quais inexistem nesse contexto).
- b) considerando-se que as aposentadorias e as pensões consistem, em regra, para quem as recebe (idosos, crianças, adolescentes e pessoas com deficiência), em suas principais fontes de renda (quando não as únicas), entendendo que a legislação instituiu tributação simplesmente proporcional, e não progressiva, incidindo em inconstitucionalidade.

O relator constata a existência de violação à progressividade e ao princípio do não confisco:

- a) A tributação ora questionada incide, como se viu, sobre a totalidade dos rendimentos de aposentadoria ou pensão.
- b) Isso, evidentemente, inclui não só a parcela desses rendimentos que supera a faixa de isenção da tabela do

imposto de renda aplicada aos residentes no País, mas também a parcela que se encontra nessa própria faixa de isenção. E mais: a tributação impugnada, com toda a alíquota de 25%, continua a incidir normalmente mesmo que a integralidade de tais rendimentos se encontre dentro dessa faixa.

O relator reconhece a violação da isonomia, da proporcionalidade e da capacidade contributiva:

- a) podemos constatar a gravosidade (com a consequente violação daqueles preceitos) dos referidos 25%, que incidem sobre a totalidade daqueles rendimentos, sem possibilidade de se fazerem as deduções permitidas nessa declaração, [...]
- b) o imposto de renda é severamente mais gravoso em relação aos aposentados e pensionistas residentes no exterior atingidos pelo Art. 7º da Lei nº 9.779/99, com a redação conferida pela Lei nº 13.315/16.
- c) o fato de o contribuinte residir no exterior, por si só, não revela ser ele detentor de maior capacidade econômica do que aquele que aqui reside e recebe aposentadoria ou pensão.
- d) nada há de complicado quanto à possibilidade de retenção, na fonte, do imposto de renda, considerando-se a progressividade do tributo e a faixa de isenção. Isso, a propósito, já é comumente feito quanto aos residentes no país. Em segundo lugar, caso o residente no exterior queira se valer daquelas deduções permitidas às pessoas residentes no país que fazem a declaração anual, deverá ele mesmo fazer essa declaração;
- e) No que diz respeito aos acordos internacionais, ressalto que, no presente tema de repercussão geral, não se colocou em discussão a tributação à luz de alíquota, de base de cálculo ou de tabela prevista em diplomas

de tais espécies (acordos internacionais). Aqui está em discussão a tributação tão somente à luz do Art. 7º da Lei nº 9.779/99, com a redação conferida pela Lei nº 13.315/16.

Uma vez que a decisão do STF determina, apenas, a aplicação das alíquotas progressivas do imposto de renda (no que exceder o limite da isenção), em relação aos rendimentos de aposentadoria e pensão recebidos pelo contribuinte residente no exterior, não há que se falar em alteração do regime de tributação exclusivamente na fonte, tampouco em extensão aos não residentes das regras de dedução e de ajuste anual aplicadas apenas aos residentes. A não aplicação do ajuste anual e das deduções para residentes do exterior, tem razão de ser, dada a impossibilidade de se acompanhar e fiscalizar a obtenção de renda de outras fontes e dos gastos dedutíveis no exterior.

Sobre esse último ponto, atinente às deduções legais, é preciso recordar que, no âmbito dos Temas nº 881 e 885 de repercussão geral, o Supremo entendeu que, nas relações tributárias de trato sucessivo, as decisões da Corte que alterem o cenário legal e jurisprudencial equiparam-se ao surgimento de uma lei nova. Nesse sentido, sob a perspectiva do Art. 111, inciso II, do CTN, a leitura desse pronunciamento formalizado no Tema nº 1174 de RG deve guiar-se sob uma ótica restritiva no que concerne a aspectos que tangenciem a matéria de isenções fiscais, tal qual as deduções legais voltadas ao imposto de renda.

Essa conclusão, contudo, não impede que o órgão fiscalizador, sempre que considerar necessário, procure propor ao legislador regras para viabilizar, de forma transparente e compreensível pelos contribuintes, melhorias relacionadas ao regime de tributação de rendimentos remetidos ao exterior.

III. CONCLUSÃO

Levando em consideração os limites fático-jurídicos do recurso paradigma, responde-se objetivamente aos questionamentos da Receita Federal do Brasil, nos seguintes termos:

Primeiro questionamento: “21. Nos termos da decisão proferida no ARE 1.327.491/SC (Tema nº 1.174), a tributação deve ser realizada de forma isolada (independentemente dos demais rendimentos auferidos)?”

Resposta: Sim. A decisão do STF determina, apenas, a aplicação das alíquotas progressivas do imposto de renda (no que exceder o limite da isenção), em relação aos rendimentos de aposentadoria e pensão recebidos pelos contribuintes residentes no exterior, ou seja, a tributação deve ser realizada de forma isolada, independentemente dos demais rendimentos auferidos (a exemplo dos rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços). Esses rendimentos continuam sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), considerando que a questão efetivamente controvertida no recurso paradigma centrou-se apenas na análise específica da situação de residentes no exterior que percebem aposentadorias e pensões de fonte nacional.

Segundo questionamento: “22. Nos termos da decisão proferida no ARE 1.327.491/SC (Tema nº 1.174), a tributação deve ser realizada de forma exclusiva na fonte?”

Resposta: Sim. A decisão do STF determina, apenas, a aplicação das alíquotas progressivas do imposto de renda (no que exceder o limite da isenção), em relação aos rendimentos de aposentadoria e pensão recebidos pelos contribuintes residentes no exterior. Não houve alteração em relação ao regime de tributação na fonte, previsto no Art. 7º da Lei nº 9.779, de 1999.

Terceiro questionamento: “23. Nos termos da decisão proferida no ARE 1.327.491/SC (Tema nº 1.174), deve ser garantida a dedutibilidade das despesas incorridas pelos contribuintes não residentes?”

Resposta: Não. A decisão do STF determina, apenas, a aplicação das alíquotas progressivas do imposto de renda (no que exceder o limite da isenção), em relação aos rendimentos de aposentadoria e pensão recebidos pelos contribuintes residentes no exterior. Não há nenhuma determinação de extensão aos não residentes de regras de dedução e de ajuste anual aplicáveis apenas aos residentes.

À consideração superior.

Andréa Karla Ferraz
Procuradora da Fazenda Nacional

De acordo. À consideração superior.

Tiago do Vale
Coordenador de Assuntos Tributários

De acordo. À consideração do Senhor Procurador-Geral Adjunto Tributário.

Andréa Müssnich Barreto
Coordenadora-Geral de Assuntos Tributários

Aprovo o Parecer SEI nº 3465/2025/MF.

Ao Apoio/CAT para providenciar a remessa à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (Cosit/RFB) e à Coordenação-Geral de Representação Judicial (CRJ/PGAJUD).

Moisés de Sousa Carvalho Pereira
Procurador-Geral Adjunto Tributário

A Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) tem como finalidade promover a disseminação do extenso conhecimento acumulado por uma instituição que se sobressai pela excelência em suas atuações consultivas e contenciosas nas esferas do direito tributário, financeiro, internacional, processual civil, administrativo e societário. A publicação de artigos produzidos por seus colaboradores e pelo público externo facilitará a inserção da PGFN no debate acadêmico, assegurando-lhe o mesmo protagonismo que já desfruta em sua prática judicial e administrativa.



Procuradoria-Geral
da Fazenda Nacional



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

ISSN: 2179-8036

